Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 27 • vol. 161 • nov. / 2019

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 27 • vol. 161 • nov. / 2019

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, Laura Gigante Albuquerque e Renata Almeida da Costa.

Editores-executivos – Rafael Vieira, Taynara Lira 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) – Roberto Bergalli (Universidad de Barcelona – Espanha) – 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)

Aline Mendes Favarim (PUCRS – Porto Alegre/RS) – André Machado Maya (FMP – Porto Alegre/RS) – Andressa Paula de Andrade (UNIFATECIE - Paranavaí/PR – Antonio E. Ramies Santoro (UFRJ - Rio de Janeiro/RJ) – Ariel Koch Gomes (UniRitter – Porto Alegre/RS) – Arthur Felipe Azevedo Barretto (Universidade de São Paulo - USP – São Paulo/SP) – Barbara Siqueira

Furtado (Universidade de São Paulo – São Paulo/SP) – Criziany Machado Felix (URCAMP - Alegrete/RS) – Décio Franco David (FAE Centro Universitário – Curitiba) – Denise Hammerschmidt (UENP - Jacarezinho/PR) – Diogo Mariano Carvalho de Oliveira (OAB – Curitiba/PR) – Érika Mendes de Carvalho (UEM - Maringá/PR) – Felipe da Costa De-Lorenzi (PUCRS - Porto Alegre/RS) – Francisco Monteiro Rocha Jr. (Universidade Positivo - Curitiba/PR) – Frederico Valdez Pereira (Università degli Studi di Pavia - Itália) – Gabriela Perissinotto de Almeida (USP - São Paulo/SP) – Henrique Olive Rocha (FGV -Rio de Janeiro/RJ) – Jorge Trindade (Universidade Luterana do Brasil – Canoas/RS) – Juliano de Oliveira Leonel (Faculdade Santo Agostinho – Teresina/PI) – Marcelo Marcante Flores (UNISINOS - São Leopoldo/RS) – Marco Aurélio Nunes da Silveira (UPF – Passo Fundo/PR) – Marcus Vinicius do Nascimento Lima (Faculdade Santo Agostinho – Teresina/PI) – Misael Neto Bispo da França (MPF / UFBA - Salvador/BA) – Paulo Thiago Fernandes Dias (UNISINOS - São Leopoldo/RS) – Rafael Altoé (UNICESUMAR/UEM – Paraná/PR) – Rodrigo Régnier Chemim Guimarães (UNIPAR – Curitiba/PR) – Ronaldo Bezerra dos Santos (UNIVEM – São Paulo/SP) – Ruy Celso Barbosa Florence (UNIDERP, Campo Grande/MS) – Theuan Carvalho Gomes da Silva (UNESP - Franca/SP) – Thiago Miranda Minagé (UFRJ/FND – Rio de janeiro/RJ) – Tomás Grings Machado (UNISINOS - Vale do Rio dos Sinos/RS) – Vitor Gonçalves Machado (UFES - Espírito Santo)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Alencar Frederico Margraf (Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG - Ponta Grossa/PR) – Alessandra Margotti dos Santos Pereira (Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG) – Alexandre Wunderlich (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Antonio Eduardo Ramires Santoro (Universidade de Coimbra – Portugal) – Carlos Hélder C. Furtado Mendes (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Daniel Feitosa de Menezes (Universidade de Fortaleza – Fortaleza/CE) – Diogo Erthal Alves da Costa (Universidade de Lisboa – Portugal) – Diogo Justino (Faculdade São Mateus – São Mateus/ES) – Erica do Amaral Matos (Universidade de São Paulo - USP – São Paulo/SP) – Fernanda Carolina de Araujo Ifanger (Pontifícia Universidade Católica de Campinas – Campinas/SP) – Geraldo Prado (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Juan Pablo Mañalich R. (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile – Chile) – Leo Maciel Junqueira Ribeiro (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG - Belo Horizonte/MG) – Letícia Pereira Castro (Faculdades Integradas de Itararé – FAFIT – Itararé/SP) – Marcelo Almeida Ruivo (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Marcelo Geraldo de Oliveira (Faculdade de Telêmaco Borba – FATEB - Telêmaco Borba/PR) – Mônica Carvalho Vasconcelos (Universidade de Fortaleza – Fortaleza/CE) – Natália Lucero Frias Tavares (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Sérgio Salomão Shecaira (Universidade de São Paulo - USP – São Paulo/SP) – Túlio Vianna (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG - Belo Horizonte/MG) – Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR – Curitiba/PR)

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 27 • vol. 161 • nov. / 2019

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 27 • vol. 161 • nov. / 2019

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 ProView™
INCLUI VERSÃO ELETRÔNICA DA REVISTA

Diagramação eletrônica: Linotec Fotocomposição e Fotolito Ltda., CNPJ 60.442.175/0001-80
Impressão e encadernação: Forma Certa Gráfica Digital Ltda., CNPJ 07.691.829/0001-27

© edição e distribuição da
Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda.

Juliana Mayumi Ono
Diretora Responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – 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

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

Acesse o nosso *eComm*
www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil: [11-2019]
Profissional
Fechamento desta edição: [12.09.2019]

CÓPIA NÃO AUTORIZADA É CRIME
ABDR
ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITOS REPROGRÁFICOS
RESPEITE O DIREITO AUTORAL
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
Alvino Augusto de Sá
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 (SP)
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
Jornal de Ciências Criminais
Maria Carolina Amorim
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
Revista Liberdades
Paula Mamede
Sistema Prisional
Patrick Lemos Cacicedo
22º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCRIM
Eduardo Saad Diniz
25º Seminário Internacional
Yuri Felix

Grupo de Estudos

Grupo de Estudos sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos
Milene Cristina Santos
Grupo de Estudos sobre Escolas Penais
Alice Quintela

Equipe do IBCCRIM

Supervisão Geral
Paulo Cesar Malvezzi Filho
Equipe
Fernanda M. Barbosa Euflauzino

Núcleo Administrativo

Supervisão
Fernanda Barreto
Equipe
Alexandre Soledade de Oliveira
Eliane Yanikian
Nadir Fernandes Almeida Silva
Nathalia Aparecida Mendes Costa

Núcleo Financeiro

Supervisão
Roberto Seracinskis
Equipe
Andrea Pereira dos Santos
Bruna Vargas
Vanessa dos Santos Lima
Victor de Souza Nogueira

Núcleo de Atuação Política

Supervisão
Lorraine Carvalho Silva
Equipe
Jonas Santos

Núcleo de Biblioteca

Supervisão
Helena Curvello
Equipe
Anderson Fernandes Campos
Natalí de Lima Santos
Simone Camargo Nogueira

Núcleo de Comunicação

Supervisão
Douglas Calixto
Equipe
Adriana Peres Almeida Santos
Harumi Visconti
Rodrigo Pastore
Vitor Munis da Silva

Núcleo de Educação

Supervisão
Andreza Martiniano da Silva
Equipe
Ana Paula da Silva
Andreia da Silva Rocha
Hegle Borges da Silva
Tânia Andrade

Núcleo de Publicações

Supervisão
Willians Meneses
Equipe
Rafael Vieira
Taynara Lira

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 27 • vol. 161 • nov. / 2019

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

Estagiárias: Bárbara Baraldi Sabino e Stefanie Lopes Pereira

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: 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, Rafael Ribeiro e Thaís Pereira

Estagiárias: Beatriz Fialho, Tainá Luz Carvalho e Victória Menezes Pereira

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação capa: Linotec

Controle de Qualidade da Diagramação: Carla Lemos

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação
Marcello Antonio Mastrorosa Pedro

Analistas: Jonatan Souza, Luciano Guimarães, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica
Mauricio Alves Monte

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

Estagiária de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

Sumário

Editorial

RBCCrim: experiências em editoração científica e produção de conhecimento em periódicos científicos

RBCCrim: experiences in scientific editing and knowledge production in scientific journals

Vinicius Gomes de Vasconcellos e Willians Meneses da Silva 19

Direito Penal

A zona cinzenta da responsabilidade: limites e possibilidades de um conceito-chave do direito e da ética contemporâneos

The gray zone of responsibility: limits and possibilities of a key concept of contemporary law and ethics

Diogo Justino..... 31

El principialismo político-criminal como fetiche

Criminal political principialism as a fetish

Juan Pablo Mañalich R..... 57

Processo Penal

Banco de dados genético e o princípio *nemo tenetur se detegere*

Genetic data bank and the nemo tenetur se detegere *principle*

Alencar Frederico Margraf, Letícia Pereira Castro e Marcelo Geraldo de Oliveira..... 75

Diagnóstico sobre o uso das interceptações telefônicas no Brasil: uma análise quantitativa e comparativa dos dados até 2018

Diagnosis on the use of telephone interceptions in Brazil: a quantitative and comparative analysis of the data until 2018

Antonio Eduardo Ramires Santoro e Natália Lucero Frias Tavares..... 101

Dado informático como fonte de prova penal confiável(?): apontamentos procedimentais sobre a cadeia de custódia digital

Computer data as reliable source of criminal evidence(?): notes procedural on the chain of custody digital

Carlos Hélder C. Furtado Mendes 131

Resolução consensual de conflitos criminais com aportes da justiça restaurativa

Consensus resolution of criminal conflicts with contributions of restorative justice

Daniel Feitosa de Menezes e Mônica Carvalho Vasconcelos..... 163

Justiça, verdade e prova penal

Justice, truth and evidence

Diogo Erthal Alves da Costa 187

Lawfare: uma introdução ao tema e uma aproximação à realidade brasileira

Lawfare: an introduction and an approximation to the Brazilian reality

Erica do Amaral Matos..... 227

Acordo de não persecução penal: um caso de direito penal das consequências levado às últimas consequências

Non-prosecution agreement: a criminal law of the consequences' case taken to the last consequences

Leo Maciel Junqueira Ribeiro e Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa.... 249

Crime e Sociedade

A inconstitucionalidade da criminalização do lenocínio no Brasil

The unconstitutionality of the criminalization of pimping in Brazil

Alessandra Margotti dos Santos Pereira e Túlio Vianna..... 279

Uma crítica ao uso do sistema penal no enfrentamento da violência contra a mulher

A critic to the employment of the criminal system as a mean to cope with the violence against women

Sérgio Salomão Shecaira e Fernanda Carolina de Araujo Ifanger..... 309

Direito por quem o faz

Parecer: Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil como Assistente do Ministério Público no Marco do Processo Penal brasileiro

Opinion: sectional council of the Brazilian Bar Association as assistant to the public prosecutor in the context of the Brazilian criminal proceedings

Geraldo Prado 333

Culpa consciente e dolo eventual (Parecer Caso "Boate Kiss": Santa Maria/RS)

Recklessness and dolus eventualis *(Legal opinion of "Boate Kiss" case: Santa Maria/RS)*

Alexandre Wunderlich e Marcelo Almeida Ruivo 365

Índice Alfabético-remissivo

Autores 393

Temas 395

Política Editorial – Revista Brasileira de Ciências Criminais 399

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 409

Condições para Submissão (*Check List*) 413

RBCCrim: experiências em editoração científica e produção de conhecimento em periódicos científicos

RBCCrim: experiences in scientific editing and knowledge production in scientific journals

Vinicius Gomes de Vasconcellos

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, com período de sanduíche na Universidad Complutense de Madrid/ESP (bolsa PDSE/CAPES) e de pós-doutoramento na Universidade Federal do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor Permanente do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP/DF (Mestrado/Doutorado). Colaborador do Centro Universitário FIEO – OSASCO/SP (Mestrado). Professor Efetivo da Universidade Estadual de Goiás. Editor-chefe da *RBDPP*. Editor-assistente da *RBCCrim* de 2016 a 2019. Assessor de Ministro no STF.
vinicius.vasconcellos@ueg.br

Willians Meneses da Silva

Especialista em Direitos Fundamentais pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) em parceria com a Faculdade de Direito de Coimbra/Portugal. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Supervisor do Núcleo de Publicações do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, onde cuida da editoração da *RBCCrim – Revista Brasileira de Ciências Criminais* (A1), da Coleção de Monografias de Ciências Criminais e de outros livros e periódicos científicos. É associado da ABEC (Associação Brasileira de Editores Científicos).
willians@ibccrim.org.br

Resumo: Este editorial pretende examinar o papel do(a) editor(a) científico(a) na atualidade, a partir da experiência junto à *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Para tanto, serão apresentados os procedimentos elementares de editoração em periódicos científicos, bem como algumas das razões que informam a necessidade e o sentido de sua adoção.

Palavras-chave: Editorial – Editoração científica – Papel do editor – Pesquisa – Publicação.

Abstract: This editorial intends to examine the role of the scientific editor in the present time, considering the experience in the Brazilian *Journal of Criminal Sciences*. Thus, the basic editing procedures in scientific journals will be presented, as well as some of the reasons of its necessity and importance to be accomplished.

Keywords: Editorial – Scientific editing – Editor role – Research – Publication.

Nos últimos anos, o papel das revistas científicas tem se sobressaído no âmbito da produção de conhecimentos no Direito, uma área tradicionalmente marcada

Vasconcellos, Vinicius Gomes de; Silva, Willians Meneses da.
RBCCrim: experiências em editoração científica e produção de conhecimento em periódicos científicos.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 161. ano 27. p. 19-28. São Paulo: Ed. RT, novembro 2019.

por uma "cultura dos livros" como meios prioritários de publicação.[1] Contudo, pouco ainda se conhece sobre as características do processo editorial de um periódico científico e sobre a função do(a) editor(a) no meio acadêmico.

Diante disso, este editorial pretende expor algumas premissas sobre editoração científica, tendo em vista, especialmente, o histórico recente da *Revista Brasileira de Ciências Criminais* em relação à consolidação de *standards* básicos e regras de integridade no processo editorial.

Primeiramente, deve-se ressaltar que um editorial não pode ser visto como uma mera apresentação, um resumo de textos publicados, ou algo sem valor científico. Conforme as regras orientadoras da *Scielo*, "editorial de um número ou introdução de uma seção são opcionais, mas, quando utilizados, devem veicular conteúdo científico além da simples relação dos artigos publicados ou de notícia relacionada com o periódico ou sua área temática".[2] Portanto, um editorial tem conteúdo científico e deve adotar uma perspectiva crítica para aprimorar os conhecimentos da área sobre a temática, qual seja, nesse caso, editoração, avaliação e produção do conhecimento.

Produto de uma parceria entre o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) e a Editora Revista dos Tribunais (RT), a *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (*RBCCrim*) é a expressão da seriedade e do compromisso acadêmico do IBCCrim que, desde sua fundação, em 1992, mesmo ano de criação da *Revista*, tem se dedicado à produção e difusão de conteúdo de alto padrão de rigorosidade científica no âmbito das ciências criminais, compreendidas pelas áreas do Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia, além de seus pontos de transdisciplinariedade com outras áreas do conhecimento, como a História, a Filosofia, a Psicologia, a Medicina, a Antropologia e as Ciências Sociais.[3]

Publicada, sem interrupções, desde 1992 até os dias hodiernos, a *RBCCrim* tornou-se veículo de informação de referência, logo em seus primeiros anos de

1. "[...] a pesquisa produzida na área jurídica é em sua maioria publicada em livros e manuais que simplesmente reproduzem o conhecimento dogmático elaborado a partir da legislação", de modo que "a publicação em periódicos poderia levar a uma melhoria na qualidade científica do conhecimento produzido na área do Direito, uma vez que os periódicos passam por processos muito mais rigorosos de avaliação e controle de cientificidade" (SILVEIRA, Vladmir O.; SANCHES, Samyra H. F. N. Periódicos na área do direito: o desafio da superação da cultura dos livros. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ,* Rio de Janeiro, n. 30, dez. 2016. p. 158).
2. Disponível em: [https://bit.ly/2u5DUEO]. Acesso em: 17.06.2019.
3. Para mais informações, acesse o *site*: [www.ibccrim.org.br/rbccrim]. Acesso em: 28.06.2019.

existência, fruto da combinação bem-sucedida dos seguintes elementos: o notório preparo da comunidade acadêmica que se sucedeu em sua coordenação, empregando prestígio e expertise em sua estruturação; a ampla rede de voluntariosos colaboradores do instituto; o alto nível de qualificação dos profissionais envolvidos em sua produção; e a qualidade dos artigos publicados, oriundos dos mais diferentes estados da federação brasileira e de muitos países estrangeiros, tais como Argentina, Chile, Colômbia, EUA, Portugal, Alemanha, Espanha, Itália, Inglaterra, Irlanda, Austrália etc.

A preocupação contínua com o aprimoramento é a nota distintiva dos saltos qualitativos incessantes que trouxeram a *Revista* ao patamar em que se encontra, isto é, ao montante aproximado de 1.800 artigos científicos publicados, à tiragem mensal de cerca de 800 exemplares impressos, também disponíveis em plataforma digital e, por fim, mas não menos importante, a inserção no estrato A1 junto à CAPES/*Qualis*, obtida em 2017, indicador do alto impacto científico da publicação, que coroa quase três décadas de zeloso trabalho coletivo.

Nos últimos cinco anos, particularmente, a *RBCCrim* passou por uma ampla reestruturação, visando à adoção das melhores e mais atuais práticas de Editoração Científica[4], contidas no conjunto das recomendações e critérios da Comissão *Qualis* da CAPES,[5-6] além de diversos outros documentos com *standards* de editoração científica.[7] Assim, pode-se apontar os seguintes aprimoramentos marcantes realizados:

4. Disponível em: [https://bit.ly/1MMDgyy]. Acesso em: mar. 2019.
5. Disponível em: [https://bit.ly/2WutUOK]. Acesso em: mar. 2019.
6. "O processo atual de avaliação reflete um avanço qualitativo da Área [Direito], com a consolidação de periódicos nacionais de qualidade como espaços Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior Diretoria de Avaliação 3 privilegiados de diálogo entre grupos de pesquisa. Houve um esforço, nos últimos períodos avaliativos nesse sentido. Os parâmetros do *Qualis*, como se verá neste documento, condicionaram a classificação ao atendimento de um conjunto de exigências formais. Esses parâmetros desempenharam um papel indutor, transformando periódicos que não atendiam, há dez anos atrás, padrões mínimos de qualidade reconhecidos internacionalmente e viabilizando o surgimento de novos bons periódicos". Disponível em: [https://bit.ly/2FCFsJS]. Acesso em: mar. 2019.
7. Certamente, o órgão brasileiro que realiza um controle direto sobre a qualidade dos periódicos é a comissão Qualis-CAPES, especificamente aquela direcionada à área do Direito. Contudo, há outras fontes de diretrizes do processo editorial científico, como, além de artigos publicados sobre o tema, a Associação Brasileira de Editores Científicos (ABEC), o Comittee on Publication Ethics (COPE) e, por exemplo, como guia de orientações básicas, o curso *Becoming an Editor* da PKP-School.

– As normas de publicação foram reformuladas com o objetivo de conferir maior transparência quanto aos critérios de avaliação adotados, com a respectiva tradução para o inglês e espanhol. Assim, regulou-se de modo mais claro o processo editorial, prevendo a etapa de controle preliminar e as rodadas de correções.

– Houve a consolidação dos parâmetros de integridade científica, para editores, avaliadores e autores. Ali foram definidas as premissas de um processo editorial íntegro e transparente, assentando critérios para coautoria, ineditismo, plágio, conflito de interesses etc.

– Além disso, realizou-se forte reformulação e ampliação do corpo de avaliadores externos da *Revista*, abrangendo os diversos estados brasileiros e também pesquisadores estrangeiros. A partir da definição de requisitos para ingresso, foi divulgado edital público, de chamada contínua, de modo a abrir a *RBCCrim* para todos que desejem contribuir com o processo de avaliação da produção científica nas ciências criminais.

– A *Revista* foi indexada em diversas bases de dados nacionais e internacionais (Google Acadêmico, Capes Periódicos, Diadorim, Latindex, Dialnet, Sumários.org, Plubons e OCLT WorldCat). Assim, ampliou-se a abrangência e o impacto do periódico.

– Iniciou-se a prática de organização de dossiês temáticos, sobre problemas atuais e pertinentes nas ciências criminais, organizados por editores-associados externos, de modo a ampliar a abrangência da *Revista* para distintos meios acadêmicos. Foram publicados dossiês sobre: Racismo e sistema penal, Letalidade policial, Provas no processo penal, Corrupção, História e sistema penal, Sistema de justiça juvenil, Prerrogativas da advocacia no processo penal, entre outros.

Todas essas medidas resultaram na qualificação da *RBCCrim* no estrato A1, a partir da avaliação Qualis-Direito de 2017, referente aos volumes de 2016. Sem dúvidas, tal reconhecimento foi fundamental para a consolidação dos aprimoramentos propostos nos últimos anos e das constantes evoluções sempre em andamento.

Em que pese o aspecto inacabado e mutável das referidas recomendações, especialmente diante da constante mudança regulatória, o processo de profissionalização dos periódicos científicos segue uma marcha irrefreável de deposição de circunscrições provincianas, padrões amadores de trabalho editorial, de eliminação da falta de transparência quanto aos processos de avaliação, ou da simples transposição da cultura advinda das publicações em livro para os periódicos científicos. Na esteira das novas exigências feitas aos programas de

pós-graduação, sobretudo, no que tange à produtividade acadêmica, viceja uma preocupação crescente com a disponibilização de veículos de divulgação da produção científica.

Para tanto, a atuação do(a) editor(a) responsável pelo periódico é determinante para a qualidade dos artigos publicados, de modo que a sua função é claramente científica e acadêmica. Afirma-se que

> "o *papel do editor científico* não se restringe a atos burocráticos e administrativos, não se trata de distribuir mecanicamente os artigos aos avaliadores, verificar a decisão dos pareceristas e somar os votos finais: dois a favor, aprovação; dois contra, rejeição; empate, distribuição para terceiro revisor."[8]

Assim, "se editores não fizerem nada além de sempre seguir as recomendações dos avaliadores e todas as suas sugestões de revisões se o manuscrito for condicionalmente apto à publicação, eles não estão fazendo seu trabalho corretamente".[9]

A equipe editorial da revista científica deve, necessariamente, apresentar preparo acadêmico sobre a temática principal do periódico. A função do editor abrange a realização do controle preliminar, a indicação de avaliadores aptos a analisar o objeto de estudo, a análise dos pareceres e do artigo para tomada da decisão editorial e o controle das rodadas de correções a partir das respostas dos autores aos pareceres. Todas essas etapas têm caráter evidentemente científico e pressupõem formação acadêmica do editor, de modo que produz efetiva contribuição para o meio científico.[10]

Tal papel do editor é ainda mais relevante em um cenário de produção de conhecimentos na área de ciências criminais, em que a perspectiva crítica e voltada à realidade deve sempre se fazer presente. Diante disso, sustenta-se que:

8. VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial: a função do periódico científico e do editor para a produção do conhecimento no Direito e nas ciências criminais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, v. 3, n. 1, jan.-abr. 2017. p. 10.
9. HAMES, Irene. *Peer review and manuscript management in scientific journals*. Malden: Blackwell, 2007. p. 89 (tradução livre).
10. "No papel de condutores do processo editorial, compete aos editores científicos atuar de forma didática sobre a comunidade, auxiliando autores e revisores a identificar todos e cada um dos requisitos que um artigo deve atender para atingir a qualidade plena" (TRZESNIAK, Piotr; PLATA-CAVIDES, Tatiana; CÓRDOBA-SALGADO, Oscar. Qualidade de conteúdo, o grande desafio para os editores científicos. *Revista Colombiana de Psicología,* Bogotá, v. 21, n. 1, jan.-jun. 2012. p. 66).

> "Em termos de ciências criminais isso assume um caráter profundamente relevante, em razão das constantes tensões ocasionadas pela invariável seletividade e pelo inevitável caráter falacioso do poder punitivo estatal em sua realização prática na sociedade. O conhecimento científico produzido na e pela dogmática processual penal não pode se abstrair de tal dado de realidade. Como demostrando em importantes pesquisas empíricas desenvolvidas, os periódicos científicos possuem uma clara responsabilidade no impacto que acarretam à estruturação teórica do sistema criminal."[11]

No processo editorial de qualquer revista científica, especialmente na área do direito no Brasil, o maior obstáculo a ser superado se coloca na busca de pareceristas externos para realização do controle por pares. Em regra, editores precisam lidar com uma taxa de retorno que gira entre 30% e 50% das avaliações solicitadas. Ou seja, a cada dez pareceres requeridos, três ou cinco são respondidos com a recomendação em relação ao artigo. Os demais não são realizados.

Isso se dá por diversos motivos, desde a desvalorização da atuação dos pareceristas diante das agências regulatórias até um desconhecimento da importância do papel do revisor na formação de um acadêmico consistente.[12] Precisamos alterar tal cenário o quanto antes, sob pena de colapso de todo o sistema de produção e avaliação do conhecimento científico.[13]

---

11. VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial: a função do periódico científico e do editor para a produção do conhecimento no Direito e nas ciências criminais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, v. 3, n. 1, jan.-abr. 2017. p. 14. Sobre isso, ali se indica: MARTINS, Fernanda. *A (des)legitimação do controle penal na* Revista de Direito Penal e Criminologia (1971-1983). Florianópolis: Empório do Direito, 2015; PRANDO, Camila C. M. *O saber dos juristas e o controle penal*. O debate doutrinário na *Revista de Direito Penal* (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

12. "A revisão por pares é essencial para se produzir ciência de qualidade. Revisar artigo é atividade científica. A reputação de um pesquisador se constrói não só pela qualidade dos seus artigos, mas também pela qualidade da sua revisão nos textos dos pares. No sistema de valores da comunidade científica, a recusa sistemática de revisões pelo pesquisador é negativa" (DESLANDES, Suely F.; SILVA, Antônio A. M. Revisão por pares: crise de demanda ou mudança de valores?. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 3, mar. 2013. p. 421).

13. Considerando a crescente cobrança imposta para que os pesquisadores publiquem artigos em periódicos científicos e a necessidade de respeito aos parâmetros básicos do processo editorial, se a CAPES e o próprio meio acadêmico não melhor valorarem a atuação dos acadêmicos como pareceristas e editores, o sistema logo entrará em colapso por falta de pareceres suficientes para a avaliação dos trabalhos submetidos. Sobre a

O controle por pares é a base da produção de conhecimento em um campo científico. Trata-se de "um processo baseado na premissa de que os revisores são indivíduos competentes na área do artigo que avaliam, que são independentes, objetivos e que dedicam seu melhor esforço à avaliação".[14] Assim, o parecerista "assume duas funções primordiais no processo editorial: 1) auxiliar e orientar o editor na avaliação e seleção dos trabalhos submetidos ao periódico (*gatekeeping role*); e, 2) ajudar o autor a melhorar o trabalho com críticas e sugestões construtivas".[15]

Por óbvio, o sistema de controle por pares apresenta problemas. Afirma-se que

> "as críticas mais comuns, aqui elencadas em ordem decrescente de citações, estão relacionadas a tempo, sobrecarga de trabalho, subjetividade das avaliações, falta de reconhecimento do trabalho do avaliador, falta de padrão de qualidade na seleção dos avaliadores, necessidade de ter mais avaliadores para criar rotatividade entre eles, parcialidade dos editores e abuso de poder."[16]

Contudo, embora existam tais aporias, o modelo de produção de conhecimento por controle por pares contribui para o aprimoramento das pesquisas e, entre as opções atuais, é o mais adequado para selecionar e certificar os trabalhos em um campo científico.[17] Para se tentar sanar ou reduzir os problemas, a atuação

---

relação entre revisão por pares e a cultura de produtivismo acadêmico, ver: SHIGAKI, Helena; PATRUS, Roberto. Revisão por pares e produtivismo acadêmico sob a ótica de avaliadores de artigos de periódicos em Administração. *Revista Brasileira de Pós-Graduação*, Brasília, v. 13, n. 31, maio-ago. 2016. p. 402-407.

14. FERREIRA, Manuel A.; CANELA, Renata; PINTO, Cláudia F. O processo editorial nos periódicos e sugestões para a publicação. *Revista de Gestão e Secretariado*, São Paulo, v. 5, n. 2, maio-ago. 2014. p. 5.

15. VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial: Controle por pares e a função do revisor – premissas e orientações para uma avaliação consistente. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, maio-ago. 2017. p. 439 ss.

16. SHIGAKI, Helena; PATRUS, Roberto. Revisão por pares e produtivismo acadêmico sob a ótica de avaliadores de artigos de periódicos em Administração. *Revista Brasileira de Pós-Graduação*, Brasília, v. 13, n. 31, maio-ago. 2016. p. 413. Afirmando que a principal crítica é a demora do processo de avaliação com controle por pares: WERLANG, Elisabete. *Revisão por pares:* um estudo da gestão de avaliadores nas revistas científicas brasileiras. 2013. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação) – Centro de Ciências da Educação, Universidade Federal de Santa Catarina. p. 75.

17. JENAL, S.; VITURI, D.; EZAÍAS, G.; SILVA, L.; CALIRI, M. O processo de revisão por pares: uma revisão integrativa de literatura. *Acta Paulista de Enfermagem*, São Paulo, v. 25, n. 5, 2012. p. 808. Para uma proposta de estabelecimento de critérios para verificação de

do editor é fundamental, no sentido de primar pela qualidade do processo editorial e consolidar os pareceres externos de um modo consistente.

Basicamente, o processo editorial desenvolve-se em cinco fases: 1) submissão; 2) controle preliminar; 3) controle por pares; 4) rodadas de correções; e 5) revisão e diagramação. A submissão do artigo é realizada pelo(a) seu(sua) autor(a), a partir dos procedimentos e regras definidos pelo periódico específico. São fundamentais a máxima atenção a tais parâmetros e a correta formatação em relação ao modelo de artigo, se houver. Além disso, a escolha da revista deve buscar a compatibilidade da pesquisa com o enfoque do periódico.

Recebido o trabalho, inicia-se a atuação da equipe editorial. Inicialmente, ocorre o controle preliminar, o qual é realizado por editores, sem a necessidade de avaliadores externos. Nesse momento, o artigo é examinado em relação a seus aspectos formais, como a conformidade às regras da revista. Contudo, há também análise de mérito, a partir de critérios de atualidade, relevância e consistência da pesquisa realizada. Em revistas de ponta, as taxas de rejeição preliminar são elevadas, chegando a 90% dos trabalhos recebidos. Um controle preliminar rigoroso é importante para evitar sobrecarga dos avaliadores externos, tendo em vista que, como já dito, a maior dificuldade das equipes editoriais se dá em relação a obter pareceres externos suficientes.

Em seguida, se aprovado no controle preliminar, o artigo segue para o controle por pares. Primeiramente, o editor deverá selecionar avaliadores para requerer os pareceres, os quais devem ser pesquisadores na temática abordada na pesquisa. Então, encaminha-se a solicitação com o prazo indicado. Após o retorno das avaliações, a equipe editorial deverá tomar a decisão preliminar: rejeitar, aprovar com correções necessárias ou aprovar diretamente.

Uma aprovação sem indicação de correções é extremamente rara, ou praticamente impossível, tendo em vista que uma avaliação consistente e dedicada, ainda que elogie as qualidades da pesquisa, sempre aportará sugestões de aprimoramentos. Assim, inicia-se a fase de rodada de correções, em que o autor analisará os pareceres e corrigirá o artigo.[18] Ao final, deverá retornar para a equipe editorial dois arquivos: o texto do artigo com marcações das alterações e um documento de

artigos científicos: CAPPARELLI, Bruna. Editorial: sobre a exigência de um método de escrita de artigos científicos e de estudo do Direito Processual Penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, jan.-abr. 2017. p. 24-25.

18. Sobre isso, ver: VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial: as rodadas de correções e a carta-resposta do autor à aprovação condicionada – Sobre o controle e o aprimoramento dos artigos no processo editorial científico. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, set.-dez. 2017.

"carta-resposta", com as réplicas aos pareceres, indicando o que foi aceito ou motivando eventuais recusas às críticas e sugestões. Diante disso, a equipe editorial deverá analisar as revisões e as respostas, podendo aprovar a versão final, solicitar nova rodada de correções, requerer novo parecer externo ou até rejeitar o artigo.

Por fim, aprovada a versão final do trabalho, o arquivo será encaminhado para diagramação. Então, será gerado o arquivo PDF com a formatação adotada pela revista, o qual se direcionará para publicação. Nesse ponto, abre-se um outro aspecto do processo editorial cuja abordagem será reservada para ocasião futura: a necessidade de uma política de comunicação científica para difusão dos periódicos científicos e ampliação do impacto das pesquisas publicadas.

Referências

CAPPARELLI, Bruna. Editorial: sobre a exigência de um método de escrita de artigos científicos e de estudo do Direito Processual Penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 19-27, jan.-abr. 2017. Disponível em: [https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.37].

DESLANDES, Suely F.; SILVA, Antônio A. M. Revisão por pares: crise de demanda ou mudança de valores?. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 3, p. 421-423, mar. 2013. Disponível em: [https://doi.org/10.1590/S0102-311X2013000300001].

FERREIRA, Manuel A.; CANELA, Renata; PINTO, Cláudia F. O processo editorial nos periódicos e sugestões para a publicação. *Revista de Gestão e Secretariado*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 01-22, maio-ago. 2014. Disponível em: [https://doi.org/10.7769/gesec.v5i2.307].

HAMES, Irene. *Peer review and manuscript management in scientific journals*. Malden: Blackwell, 2007. Disponível em: [https://doi.org/10.1002/9780470750803].

JENAL, S.; VITURI, D.; EZAÍAS, G.; SILVA, L.; CALIRI, M. O processo de revisão por pares: uma revisão integrativa de literatura. *Acta Paulista de Enfermagem*, São Paulo, v. 25, n. 5, p. 802-808, 2012. Disponível em: [https://doi.org/10.1590/S0103-21002012000500024].

MARTINS, Fernanda. *A (des)legitimação do controle penal na* Revista de Direito Penal e Criminologia *(1971-1983)*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PRANDO, Camila C. M. *O saber dos juristas e o controle penal*. O debate doutrinário na *Revista de Direito Penal* (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

SHIGAKI, Helena; PATRUS, Roberto. Revisão por pares e produtivismo acadêmico sob a ótica de avaliadores de artigos de periódicos em Administração. *Revista Brasileira de Pós-Graduação*, Brasília, v. 13, n. 31, p. 399-428, maio-ago. 2016. Disponível em: [https://doi.org/10.21713/2358-2332.2016.v13.960].

SILVEIRA, Vladmir O.; SANCHES, Samyra H. F. N. Periódicos na área do direito: o desafio da superação da cultura dos livros. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ,* Rio de Janeiro, n. 30, p. 157-172, dez. 2016. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.12957/rfd.2016.17961].

TRZESNIAK, Piotr; PLATA-CAVIDES, Tatiana; CÓRDOBA-SALGADO, Oscar. Qualidade de conteúdo, o grande desafio para os editores científicos. *Revista Colombiana de Psicología,* Bogotá, v. 21, n. 1, p. 57-78, jan.-jun. 2012.

VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial: a função do periódico científico e do editor para a produção do conhecimento no direito e nas ciências criminais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 9-17, jan.-abr. 2017. Disponível em: [https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.34].

VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial: controle por pares e a função do revisor – premissas e orientações para uma avaliação consistente. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 437-458, maio-ago. 2017. Disponível em: [https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.70].

VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial: as rodadas de correções e a carta-resposta do autor à aprovação condicionada – Sobre o controle e o aprimoramento dos artigos no processo editorial científico. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 757-768, set.-dez. 2017. Disponível em: [https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.101].

WERLANG, Elisabete. *Revisão por pares:* um estudo da gestão de avaliadores nas revistas científicas brasileiras. 2013. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação) – Centro de Ciências da Educação, Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: [https://doi.org/10.5007/31452].

A zona cinzenta da responsabilidade: limites e possibilidades de um conceito-chave do direito e da ética contemporâneos

The gray zone of responsibility: limits and possibilities of a key concept of contemporary law and ethics

Diogo Justino

Doutor e Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela UERJ.
Integrante do Laboratório de críticas e alternativas à prisão (LabCap)
diogopjs@gmail.com

Recebido em: 16.09.2018
Aprovado em: 28.11.2018
Última versão do autor: 09.04.2019

Áreas do Direito: Fundamentos do Direito; Penal

Resumo: A ideia de responsabilidade está presente em diversas esferas da sociedade e campos do conhecimento. As variadas formas de olhar para essa ideia trazem consigo conceitos mais ou menos definidos, desde responsabilidades individualizadas até responsabilidades coletivizadas, históricas, genéricas. A concepção individual-jurídica talvez seja aquela mais bem difundida historicamente, com um conceito semelhante ao de atribuição individual ou imputação. Responsável seria aquele que assume pessoalmente uma conduta. Ocorre que as primeiras acepções do termo apontam para outros lugares, restando a questão sobre a forma como o conceito de responsabilidade se *individualizou*. Para responder à essa pergunta buscaremos os significados históricos do conceito. Posteriormente, analisaremos as recentes tentativas de *coletivização* da responsabilidade, situando esse conceito em uma polissemia. Por fim, será possível pôr em perspectiva os contornos desta ideia, seus limites e possibilidades.

Palavras-chave: Responsabilidade – Punição – Imputação – Individualização – Atribuição.

Abstract: The idea of responsibility is present in various spheres of society and fields of study. The various ways of looking at this idea bring with them more or less defined concepts, from individualized responsibilities to collectivized, historical, generic responsibilities. The individual-legal conception is perhaps the most well-known historically, with a concept similar to that of individual attribution or imputation. Responsible is the one who personally undertakes conduct. However, the first meanings of the term point to other places, leaving the question as to how the concept of responsibility has been individualized. As to answer this question we will seek the historical meanings of the concept. Subsequently, we will analyze the recent attempts to collectivize responsibility, placing this concept in a polysemy. Finally, it will be possible to put into perspective the contours of this idea, its limits and possibilities.

Keywords: Responsibility – Punishment – Imputation – Individualization – Attribution.

Justino, Diogo. A zona cinzenta da responsabilidade:
limites e possibilidades de um conceito-chave do direito e da ética contemporâneos.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 161. ano 27. p. 31-55. São Paulo: Ed. RT, novembro 2019.

Sumário: 1. Introdução. 2. A invenção da responsabilidade individual. 3. Coletivizar a responsabilidade?. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O debate sobre a responsabilidade é central no direito, mas também na ética e na política. Para Reyes Mate, por exemplo, cada tempo possui uma construção ética que se move em torno de um eixo específico. Nos antigos, a virtude. Nos modernos, o dever. E para nós, contemporâneos, a responsabilidade.[1] Segundo Klaus Gunther, em cada época há palavras as quais se vincula mais intimamente o espírito objetivo de uma sociedade. Isso se percebe pelo uso frequente e, especialmente, porque seu uso não recebe nenhuma objeção, nem ao menos a pergunta sobre seu significado. Atualmente a palavra responsabilidade parece desempenhar esse papel.[2]

Responsabilidade fiscal, política, coletiva, social, individual, ambiental; crime de responsabilidade, responsabilidade ao dirigir, responsabilidade na academia etc. Muitos termos se agregam a essa ideia, oferecendo contornos diferentes e, por vezes, contraditórios. O conceito de responsabilidade, chave para o direito, para a ética e para a sociedade atual, em geral, não vem dotado de conteúdo. Se mostra autoevidente. Todos parecem entender. Na realidade, todos parecem possuidores de responsabilidade. Ninguém dirá "sou irresponsável". Este artigo pretende tentar compreender a construção histórica desse conceito, suas nuances, suas perspectivas individuais e coletivas.

Para muitos autores, o século passado marcou uma virada de intepretação do conceito de responsabilidade, observável não mais, ou não apenas, como atribuição individual de atos. Seria uma responsabilidade *pelo que não fizemos*[3]. A partir da memória das tragédias do século XX, por exemplo, muitos pensadores defenderão que em termos éticos ou filosóficos seria possível pensar responsabilidades históricas, coletivas ou políticas.[4] Sem dúvida estamos diante de um no-

1. MATE, Reyes. *Tratado de la injusticia*, 2011. p. 246.
2. GUNTHER, Klaus. *Teoria da responsabilidade no estado democrático de direito*, 2009. p. 1.
3. Para uma crítica ao uso moderno da palavra responsabilidade em perspectiva moral, ética, geracional ou histórica, ver RICOEUR, Paul. *O justo 1*: a justiça como regra moral e como instituição, 2008. p. 33, 34, 55-57.
4. "Algo sí me queda claro: que no me puedo desentender del mal del mundo y que si es certo que son muchas las acciones individualizadas que concurren em um único acto

vo momento da responsabilidade, no entanto, seria uma virada interpretativa, uma ruptura ou um retorno às origens? Para responder à tal questão buscaremos suas origens e definições. Tentaremos compreender, inicialmente, como aparece a responsabilidade no direito (se individual ou coletiva) e quais movimentos históricos nos fizeram chegar ao conceito atual. Depois, trataremos da divisão entre responsabilidade civil e penal, com suas diferenças e semelhanças, muitas vezes esquecidas pelos teóricos do direito, sendo certo que a responsabilidade aparece, cada vez mais, como um conceito decisivo para as ciências criminais, sendo relacionada de muitas maneiras às ideias de individualização, imputação, culpabilidade e atribuição. Por fim, procuraremos apresentar concepções diferentes sobre o referido conceito, que ora se aproximam, ora se afastam do conceito jurídico.

2. A invenção da responsabilidade individual

A responsabilidade é habitualmente definida em termos individuais. Sua natureza seria individual. José Mora, no *Dicionário de filosofia*, conceitua responsabilidade como obrigação de responder *por seus próprios atos*, sendo fundamentada na liberdade da vontade. Assim, em um mundo onde os fenômenos estivessem inteiramente determinados não haveria responsabilidade.[5] Há uma vinculação entre liberdade individual e responsabilidade. Talvez seja possível dizer que a ideia mais difundida de responsabilidade seja individual (por seus próprios atos). Todavia, mesmo do ponto de vista da origem, essa noção é, ao menos, polêmica.

Segundo o verbete de Luis Antonio Cunha Ribeiro, responsabilidade se origina no latim *responsum*, que, por sua vez, tem origem em *respondere*, que possui muitos significados: prometer, responder, responder por, fazer eco, estar a face de etc.[6] O termo surge modernamente e teria sua primeira menção em um contexto político com os Federalistas.[7] Nilo Batista, igualmente, mostrará que o direito antigo ignorou os termos responsável e responsabilidade.[8] Responsável aparece so-

histórico, la respuesta debería ser, al menos, colectiva o política" (MATE, Reyes. *Memoria de occidente*. Actualidad de pensadores judíos olvidados, 1997. p. 264.

5. MORA, José. *Dicionário de filosofia*, 2004. t. IV (Q-Z). p. 2522.
6. RIBEIRO, Luis Antonio Cunha. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia*. Editora Unisinos, 2006. p. 720.
7. RIBEIRO, Luis Antonio Cunha. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia*. Editora Unisinos, 2006. p. 722.
8. BATISTA, Nilo. *Imputación para principiantes (brasileños)*, 2008. p. 6.

mente no início do século XIV e significava algo que pode servir como refutação (um argumento, por exemplo); algo que pode resistir (uma fortaleza, por exemplo) ou alguém que estaria obrigado a comparecer à justiça[9]. Já a palavra responsabilidade somente foi registrada na segunda metade do século XVIII, atribuída na França à Jacques Necker (um banqueiro que fundava a confiança em um título público na responsabilidade do governo) e na língua inglesa aos Federalistas relacionada à organização política[10]. Nas palavras de Batista:

> "É assim que no século XVIII, devido à dicção de quem exercia o poder econômico e de quem planejava a organização política, se recompõe e se denomina a categoria jurídica que, apartando-se de sua originária vertente teórica limitadora do poder punitivo, desempenhará a estratégica função de conceber a resposta penal como obrigação, o condenado como devedor e o exercício do poder punitivo como um direito do soberano ou da República." (tradução nossa)[11]

Michel Villey, fazendo um trajeto histórico do termo responsabilidade, acreditará que a polissemia do termo corresponde à sua evolução.[12] A ideia só pode ser compreendida mediante apresentação das várias estruturas semânticas e sistemas de pensamento aos quais pertencem o termo.[13] Na língua romana, inicialmente, há um sentido especificamente jurídico. Todavia, apesar do sucesso contemporâneo da palavra responsabilidade, ela não existiu no direito romano. Sua ascensão só se dará no século XIX.[14] Já a palavra *responsável* é mais antiga (século XIII) e provém de *responsum*, derivada de *respondere*.[15] *Respondere*, por sua

9. BATISTA, Nilo. *Imputación para principiantes (brasileños)*, 2008. p. 6.
10. BATISTA, Nilo. *Imputación para principiantes (brasileños)*, 2008. p. 6.
11. "Es así que en el siglo XVIII, debido a la dicción de quién ejercía el poder económico y de quien planificaba la organización política, se recompone y se denomina la categoria jurídica que, apartándose de su originaria vertiente teórica limitadora del poder punitivo, desempeñará la estratégica función de concibir la respuesta penal como obligación, al condenado como deudor y al ejercício de poder punitivo como derecho del soberano o de la república" (BATISTA, Nilo. *Imputación para principiantes (brasileños)*, 2008. p. 7.
12. VILLEY, Michel. Esquisse historique sur le mot responsable. *Archives de philosophie du droit*, 1977. t. 22. La Responsabilité. p. 45.
13. VILLEY, Michel. Esquisse historique sur le mot responsable. *Archives de philosophie du droit*, 1977. t. 22. La Responsabilité. p. 45.
14. VILLEY, Michel. Esquisse historique sur le mot responsable. *Archives de philosophie du droit*, 1977. t. 22. La Responsabilité. p. 46.
15. VILLEY, Michel. Esquisse historique sur le mot responsable. *Archives de philosophie du droit*, 1977. t. 22. La Responsabilité. p. 46.

vez, remete à *sponsio*, uma instituição do direito romano arcaico – *sponsor* é alguém que possui um débito, e *responsor* é alguém que se obriga a garantir o débito do outro. O termo *repondre* implicaria uma ideia de *garantidor de eventos futuros*. Esse será o significado socialmente difundido, para além da linguagem jurídica, no século XVII da palavra *respondere*.[16]

A origem do termo Responsabilidade se relaciona com a garantia que o governo oferece sobre um título público (1787)[17]. Em inglês aparece pela primeira vez n'Os Federalistas (1787):

> "I add, as a sixth defect, the want, in dome importante cases, of a due responsabilility in the government to the people, arising from that frequency of elections which in other cases produces this responsibility. Responsibility, in order to be reasonable, must be limited to objects within the power of the responsible party."[18]

Constata-se que as palavras *repondre* ou *responsable* inicialmente não diziam respeito à uma culpa individual ou a existência de um sujeito passivo.[19] O termo seguiu uma rota parecida com outros tais como *obrigação* e *contrato*. Foram atraídos pela linguagem moderna para o direito.[20] *Responsável*, então, inicialmente teve lugar na moral cristã[21] para depois passar à uma moral laica. Como substitutos de Deus aparecem a humanidade, a sociedade, o futuro e o nosso coração pessoal.[22] Em matéria de responsabilidade criminal, da Idade Média até a Antiguidade pagã, a justiça do *príncipe* sempre copiou a justiça divina.[23] No direito

16. VILLEY, Michel. Esquisse historique sur le mot responsable. *Archives de philosophie du droit*, 1977. t. 22. La Responsabilité. p. 46-47.
17. HENRIOT, Jacques. Note sur la date et le sens de l'apparition du mot "responsabilité". *Archives de philosophie du droit*, 1977. t. 22. La Responsabilité. p. 60.
18. HENRIOT, Jacques. Note sur la date et le sens de l'apparition du mot "responsabilité". *Archives de philosophie du droit*, 1977. t. 22. La Responsabilité. p. 61.
19. VILLEY, Michel. Esquisse historique sur le mot responsable. *Archives de philosophie du droit*, 1977. t. 22. La Responsabilité. p. 48.
20. VILLEY, Michel. Esquisse historique sur le mot responsable. *Archives de philosophie du droit*, 1977. t. 22. La Responsabilité. p. 53.
21. VILLEY, Michel. Esquisse historique sur le mot responsable. *Archives de philosophie du droit*, 1977. t. 22. La Responsabilité. p. 53.
22. VILLEY, Michel. Esquisse historique sur le mot responsable. *Archives de philosophie du droit*, 1977. t. 22. La Responsabilité. p. 54.
23. VILLEY, Michel. Esquisse historique sur le mot responsable. *Archives de philosophie du droit*, 1977. t. 22. La Responsabilité. p. 55.

civil não seria diferente. Reformulado modernamente como um prolongamento da moral, tem como axioma contratual a regra cristã-estoica de que *todos devem cumprir suas promessas,* e como mandamento geral outra regra abundantemente presente na moral cristã, dos escolásticos espanhóis à São Tomás de Aquino, da obrigação de restituir e reparar os danos causados por culpa própria.[24]

De que forma então a ideia de responsabilidade é introduzida no direito? Raymond Saleilles diferencia uma concepção popular de uma concepção científica da responsabilidade. A concepção popular[25] tem origem no cristianismo, sendo a ideia de falta imputável ao indivíduo o fundamento da noção de pecado. Essa *responsabilidade moral* se estendeu pelo mundo, impregnando as almas e *espiritualizando* (ou moralizando) a ideia de delito.[26] Contudo, seria necessário separar essa noção de responsabilidade vaga, mas certa e viva nas pessoas, com o que a filosofia *espiritualista* nomeou mais tarde de livre-arbítrio e, contraditando a doutrina da predestinação, gerou a responsabilidade.[27] Esse é o ponto de virada em que no direito canônico surgirá a responsabilidade penal, como ponto de vista subjetivo:

> "enquanto o direito anterior não via além do dano social ou individual, o ato material em sua brutalidade, o direito canônico verá, sobretudo, a alma que cometeu o mal, e, para empregar sua linguagem, a alma que pecou e que será preciso sanar, purificar, elevar por expiação e através da pena".[28]

A sanção subsiste como expiação. Porém uma expiação nova, não mais dirigida a uma divindade, mas agora como um mal que atue sobre a alma. De todo modo remontando a sua origem que se situa em Deus.[29] Com o poder de punir pertencendo a Deus, ninguém tem poder sobre o homem, sobre sua liberdade ou sua vida, nem mesmo a sociedade – a não ser por delegação divina, e igualmente a escola positivista dirá que a sociedade não pune, se defende.[30] Nesse ponto

24. VILLEY, Michel. Esquisse historique sur le mot responsable. *Archives de philosophie du droit*, 1977. t. 22. La Responsabilité. p. 55.
25. Propaga-se sob a forma de uma ideia da qual todos tem consciência, que todos vivenciam; mas não é analisada, não é esclarecida. Não se faz dela uma noção cientifica. SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*, 2006. p. 51.
26. SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*, 2006. p. 51.
27. SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*, 2006. p. 51-52.
28. Aqui Saleilles cita Pellizari. *Il delito e la sciencia moderna* (1896). p. 441. Apud SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*, 2006. p. 53.
29. SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*, 2006. p. 53.
30. SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*, 2006. p. 54.

Saleilles propõe uma relação entre direito penal canônico e a escola criminológica positivista. Punir é mais do que exercer um poder de homem para outro homem, é penetrar nas consciências, julgar a essência da personalidade e a partir disso dispor sobre a vida e a liberdade. Nesse caso, o homem não teria outro juiz senão Deus. Essa será a base não dita da escola positiva.[31] Ao contrário, quem é incompatível com a dignidade humana e fere a liberdade individual é a doutrina liberal: "não há princípios nem verdades racionais, nem liberalismo ou racionalismo que concordem em atribuir à sociedade o direito de punir e a legitimar seu exercício".[32]

No direito canônico também está o fundamento do direito penal subjetivo. Não somente o germe, e sim a própria aplicação, tendo penetrado nos tribunais da igreja e nos juízos civis. Parece ser possível, segundo Saleilles, que a ideia de responsabilidade tenha sido um dos pretextos que determinaram a introdução da tortura: "para punir eram necessárias provas, não só do ato, mas da falta".[33] Com a tortura provocam-se confissões e fixa-se a culpabilidade moral e material.[34] No direito penal, todo ato de vontade seria um ato de responsabilidade, não se discutindo se o ato de volição foi determinado ou condicionado – vontade é liberdade. Vontade mais liberdade é responsabilidade.[35] Entretanto, em termos de responsabilização individual, a liberdade e a vontade serão moduladas posteriormente. O quanto de liberdade se coloca em uma ação e qual a intensidade da vontade determinarão o grau de responsabilidade.[36]

Essa será a principal ideia que marcará a responsabilidade civil (vontade + liberdade), não sendo acaso, como anota Jacques Henriot, que o aparecimento do termo abstrato *responsabilidade* corresponda exatamente ao interesse dominante nos últimos anos do século XVIII, tendo como marca a ideia de que a responsabilidade "de todos" garante o direito de cada um, ou seja, a possibilidade de que todos possam responder por seus atos individuais, garante o direito de *cada um*.[37] Ninguém ser responsável senão por sua própria culpa, ou por sua própria ação – o

31. SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*, 2006. p. 54.
32. SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*, 2006. p. 54.
33. SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*, 2006. p. 55.
34. SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*, 2006. p. 55.
35. SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*, 2006. p. 56.
36. SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*, 2006. p. 59.
37. HENRIOT, Jacques. Note sur la date et le sens de l'apparition du mot "responsabilité". *Archives de philosophie du droit*, 1977. t. 22. La Responsabilité. p. 62.

paraíso da liberdade individual[38]. De fato, dirá Villey, apesar de ser uma palavra híbrida, o sentido mais difundido para responsabilidade é o que deriva da moral individualista moderna.[39] Para este autor, o significado antigo parece mais adequado às necessidades específicas do direito, do que o sentido *moralista,* que olha apenas o indivíduo, concentrando-se em suas intenções subjetivas. Enquanto o jurista deve ter uma visão mais ampla, buscando as relações entre uma pluralidade de sujeitos: Vítimas, autores, sociedade.[40]

Doutrinadores da responsabilidade civil também apontam a origem do termo no latim *spondeo,* tendo sentido muito próximo da *obrigação*. Em realidade, o que se leva em conta é a violação da obrigação, do dever ou mesmo da norma. Assim, só existe responsabilidade com o desvio.[41] *Spondeo* era, no direito romano, o vínculo entre credor e devedor nos contratos verbais. Dessa raiz teria *respondere*, a obrigação perante as consequências da atividade[42]. Assim define um civilista brasileiro contemporâneo:

> "a responsabilidade é, portanto, resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face desse dever ou obrigação. Se atua na forma indicada pelos cânones, não há vantagem, porque supérfluo, em indagar da responsabilidade daí decorrente. Sem dúvida, continua o agente responsável pelo procedimento. Mas a verificação desse fato não lhe acarreta obrigação nenhuma, isto é, nenhum dever, traduzido em sanção ou reposição, como substitutivo do dever de obrigação prévia, precisamente porque a cumpriu".[43]

Outro fato relevante no âmbito da responsabilidade em termos jurídicos é a separação entre responsabilidade civil e penal. Conceitualmente não haveria diferença clara entre os dois tipos de responsabilidade. Ambos dizem respeito à imputação individual de condutas. A diferença aparece no tipo de conduta tutelada e, de forma mais clara, na resposta às condutas desviantes, sendo o direito penal aquele com resposta mais violenta.

38. VILLEY, Michel. Esquisse historique sur le mot responsable. *Archives de philosophie du droit*, 1977. t. 22. La Responsabilité. p. 56.
39. VILLEY, Michel. Esquisse historique sur le mot responsable. *Archives de philosophie du droit*, 1977. t. 22. La Responsabilité. p. 58.
40. VILLEY, Michel. Esquisse historique sur le mot responsable. *Archives de philosophie du droit*, 1977. t. 22. La Responsabilité. p. 58.
41. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 2015. p. 2.
42. GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*: responsabilidade civil, 2009. p. 1-2.
43. DIAS, Jose de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. São Paulo: Lumen Juris, 2012. p. 2.

Andre Tunc explora esse assunto com mais cuidado em *La responsabilité civile*. Apesar das distinções estarem um pouco mais claras nos dias de hoje, ela esteve obscura por séculos. De fato, nas sociedades primitivas havia um só conceito.[44] Em certo momento do desenvolvimento das sociedades há uma divisão entre a compensação e a punição. A compensação, uma espécie de multa paga ao soberano, somente mais tarde será dirigida à vítima e, ainda mais tarde, será separada da ação criminal. Por muito tempo as ações estiveram unidas e julgadas pelo mesmo juiz (até os dias de hoje a mesma conduta pode gerar as duas ações).[45]

No direito primitivo, frise-se, ao modelo da vingança privada acoplou-se uma série de institutos com pretensões de promover a paz social e evitar a escalada de violência. Um deles era o pagamento de um valor à vítima ou a sua família. Com o passar do tempo, as coletividades acordaram valores específicos, uma espécie de regulação anterior dos conflitos. Nesse momento, interessa notar o surgimento da figura do *wergeld*, o preço pago pela ofensa a alguém. No entanto, a formulação do preço variava de acordo com a vítima, ou melhor, com a importância social da vítima (quanto mais importante for esta, maior a indenização); temos, assim, um primeiro ensaio de individualização que leva em conta o ponto de vista da vítima, e não do autor da ofensa. Na realidade, prescinde-se totalmente da individualidade do autor, no sentido de sua personalidade, pois o tamanho do mal varia de acordo com a posição social do ofendido[46] e há um direito penal objetivo:

> "se o mal é individual, o ofendido não tem que considerar se seu adversário quis ou não o mal realizado. A lei lhe oferece um preço de composição. Se o dano é público, a coletividade, os deuses, querem uma expiação. O mal está feito, é necessário uma vítima expiatória. Não se penetra nos detalhes das vontades; não se analisa a intenção. Ser autor material de um ato significa ser moralmente culpado pelo ato".[47]

Nesse momento, todavia, era completamente estranho o conceito moderno de responsabilidade, sendo o modelo penal baseado na ideia de falta e risco.[48]

44. TUNC, André. *La responsabilité civile*, 1989. p. 47.
45. TUNC, André. *La responsabilité civile*, 1989. p. 47.
46. SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*, 2006. p. 41-42.
47. SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*, 2006. p. 48.
48. SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*, 2006. p. 49-50.

Pune-se mesmo em casos não intencionais, não pretendidos, imprudentes, ou seja, com ausência de vontade. O importante era o dano material e o preço a ser pago era o preço do risco (da liberdade) fixado de antemão.[49]

Atualmente, segundo Tunc, não haveria muitas dificuldades na separação entre responsabilidade civil e penal, do ponto de vista dos objetivos. Na ação civil, a reparação do dano, na ação penal, a exemplaridade por meio de sanção ou medida de segurança.[50] A ação civil lidaria com interesses privados, enquanto que a ação penal com interesses públicos, havendo nuances nessa separação e diferentes graus de funções comuns: prevenção da conduta antissocial, satisfação da vítima e punição do autor de dano, sendo que algumas sanções assumem traços característicos da noção que não pertencem. Por exemplo o dano moral punitivo.[51] Outras diferenças seriam os julgamentos por esferas separadas do Judiciário e critérios diferentes de tomada de decisão.[52]

O mais importante da construção teórica de Tunc será a convergência entre os objetivos das responsabilidades civil e criminal. Os fundamentos das duas formas de responsabilidade estão evoluindo e cada vez menos distantes, embora seja impossível prever uma união total.[53] O objetivo clássico da responsabilidade penal seria a punição de um culpado, com objetivos de defesa social e prevenção. Na responsabilidade civil, à ideia de reparação de danos também se agrega a prevenção de comportamentos antissociais com a ameaça da sanção.[54] Historicamente, seria possível distinguir cinco funções da responsabilidade civil, intimamente ligadas: a) punição de um culpado, b) vingança, c) compensação da vítima, d) restauração da ordem social e e) prevenção do comportamento antissocial[55].

Tunc aponta como um dos fatores que afetaram diretamente as funções da responsabilidade civil, as pesquisas da *criminológia positivista* do século XIX (aliado a estudos contemporâneos), que afirmam uma incapacidade de julgar o homem. Isso afasta as funções de punição, restauração da ordem social e vingança da vítima. Mantendo-se a compensação e a prevenção por dissuasão.[56] Genevieve Viney

49. SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*, 2006. p. 50.
50. TUNC, André. *La responsabilité civile*, 1989. p. 48.
51. TUNC, André. *La responsabilité civile*, 1989. p. 49.
52. TUNC, André. *La responsabilité civile*, 1989. p. 48.
53. TUNC, André. *La responsabilité civile*, 1989. p. 49.
54. TUNC, André. *La responsabilité civile*, 1989. p. 50.
55. TUNC, André. *La responsabilité civile*, 1989. p. 133.
56. TUNC, André. *La responsabilité civile*, 1989. p. 133.

segue o mesmo trajeto ao trabalhar as semelhanças entre responsabilidade civil e penal. Afirmará que foram os penalistas e criminólogos que colocaram elementos fundamentais no debate sobre responsabilidade em geral[57], sendo a influência da criminologia positivista italiana importante para o desenvolvimento da responsabilidade civil hoje; passando para segundo plano a apreciação da culpabilidade e enfocando a defesa social e, eventualmente, a reinserção social do condenado.[58]

Culpabilidade e responsabilidade estão em segundo plano porque a escola italiana apresenta uma reação contra a tese do livre-arbítrio, olhando o delito como produto natural, sem espaço para a ideia da liberdade.[59] O crime é o produto fatal, seja de seu temperamento patológico (Lombroso), seja de seu meio social (Ferri). Assim, a pena não pode ter o caráter de sanção nem de reprovação social.[60] A pena passa a ser uma medida de defesa e segurança pública – o problema não é o crime em si, mas sim o criminoso e o perigo que ele representa. A individualização está fundada na periculosidade, e não existe responsabilidade.

Classifica-se os delinquentes, não os delitos. Adapta-se as penas à natureza do criminoso, não à gravidade do crime. Por fim, separa-se os indivíduos recuperáveis e os irrecuperáveis.[61] Para os últimos, a neutralização/eliminação. Para os primeiros, uma individualização com objetivos de cura, levando em conta as características pessoais.[62] Isso gera uma conclusão paradoxal: "livrar da pena muitas pessoas que tivessem delinquido e, ao contrário, sobretudo, punir de antemão indivíduos que nunca delinquiram".[63] A fórmula gera dois novos grupos: os falsos criminosos – primários para quem o delito teria sido um acidente (criminalidade externa e jurídica) e os criminosos naturais, crônicos (criminalidade interna, e não necessariamente jurídica).[64] Outra contradição. De um lado um criminoso real, porém sem delito e, portanto, em suspeita. De outro um agente que delinque, porém não é criminoso.

57. VINEY, Geneviève. *Tratado de derecho civil*: introdución a la responsabilidad, 2007 (versão Kindle). Posição 2416.
58. VINEY, Geneviève. *Tratado de derecho civil*: introdución a la responsabilidad, 2007 (versão Kindle). Posição 2424.
59. SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*, 2006. p. 100.
60. SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*, 2006. p. 111.
61. SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*, 2006. p. 112.
62. SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*, 2006. p. 113.
63. SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*, 2006. p. 113.
64. SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*, 2006. p. 114.

A noção de responsabilidade desaparece, sendo substituída pela individualização. A pena deixa de ser sanção ao crime e passa a ser uma medida de prevenção contra a criminalidade; de cura, se possível, e eliminação, se não houver recuperação. A individualização é definida como "apropriação dos meios repressivos ao fim proposto, que é a eliminação da criminalidade, quer pela reforma do criminoso, quer pelo seu afastamento, caso seja irrecuperável".[65]

Corroborando a relação entre responsabilidade civil e criminologia positivista, Viney abordará o incremento de formas de indenizações civis de cunho punitivo ou exemplar, que consagram condenações que na realidade são formas de penas privadas.[66] Alia-se a isso a transformação relacionada ao risco e aos seguros com novas formas de indenização baseadas em seguros diretos ou mesmo na seguridade social. Assim, a função de prevenção tende a se tornar a mais importante, tal qual ocorre no direito penal. Haveria uma junção das funções.[67] A lógica do risco desresponsabiliza a responsabilidade, cada vez mais vista como uma entre as várias formas de compensação.

Enquanto que no direito civil vemos uma desculpabilização[68], com a noção de culpa desaparecendo (agora se fala em responsabilidade independente de culpa, a partir do risco[69] ou da "solidariedade") e a substituição da ideia de ilicitude (violação ao direito) por dano injusto[70], no direito penal o conceito de culpabilidade está em crise, dada a impossibilidade de comprovação científica do *poder agir de outro modo* e os problemas éticos gerados pela ideia de *reprovação,* também sendo possível falar, como anota Viney, em uma tendência de desculpabilização da responsabilidade penal (responsabilidade penal objetiva) e a responsabilização penal pelo risco[71], algo que vem sendo demonstrado pelas pesquisas atuais sobre política criminal atuarial.

---

65. SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*, 2006. p. 123-124.
66. VINEY, Geneviève. *Tratado de derecho civil*: introdución a la responsabilidad, 2007 (versão Kindle). Posição 2509.
67. TUNC, André. *La responsabilité civile*, 1989. p. 50.
68. RICOUER, Paul. *O justo 1*: a justiça como regra moral e como instituição, 2008. p. 49.
69. Para Georges Ripert, a noção de culpa impregnando a responsabilidade civil, em vez de alarg´´a-la, fará desaparecer a própria ideia de responsabilidade (RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*, 2000. p. 221).
70. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil – Constitucional dos danos morais, 2003. p. 177.
71. VINEY, Geneviève. *Tratado de derecho civil*: introdución a la responsabilidad, 2007 (versão Kindle). Posição 2443.

3. Coletivizar a responsabilidade?

Vimos no capítulo anterior que a ideia de responsabilidade, originalmente, não possui vínculo necessário com a atribuição pessoal de condutas, inexistindo uma noção de culpa individual por detrás ou mesmo um sujeito passivo. Havia sentidos diversos que se conformaram a partir de um determinado caminho histórico, desembocando nos séculos XVIII e seguintes com o conceito individualista e individualizante de responsabilidade.

Acontece que, a partir do século XX, sobretudo após a Segunda Grande Guerra e a literatura humanista pós-nazismo, ressurge com força o debate sobre responsabilidades coletivas, políticas, históricas etc. Um debate realizado no campo da ética, que pode influenciar o direito decisivamente.

O filósofo espanhol Reyes Mate fundamenta sua ideia de responsabilidade no vínculo histórico entre passado e presente, sendo a memória um instrumento hermenêutico que atualiza as injustiças, primeiro como reconhecimento das injustiças do passado[72], e segundo como responsabilidade das gerações futuras com as gerações passadas. Na relação histórica comum, da qual todos somos herdeiros, consta um presente construído às custas dos que morreram à margem da história (povos originários, negros escravizados, mulheres, comunistas, judeus).

Recusar o apelo do passado significaria garantir as bases que nos mantêm na lógica de injustiça e dominação. Existe, portanto, um *continuum* entre os vencedores de um lado, e os vencidos de outro, pois aqueles que uma vez dominam são herdeiros de todos os que dominaram até aquele momento[73]. Devido a isso, segundo Walter Benjamin, não há um único documento de cultura que não seja também um documento de barbárie. Alguns herdam fortunas, e outros, infortúnios. Entre ambas as heranças existe uma relação histórica, que funda a *responsabilidade*[74]. Uma *responsabilidade pelo que não fizemos*.

Iniciaremos a abordagem das formas de responsabilidade por esta que se fundamenta em uma relação histórica, que está dentro do que chamamos anteriormente de *responsabilidade pelo que não fizemos* em sentido contrário ao da responsabilidade como atribuição individual.

---

72. MATE, Reyes. *La herencia del olvido*. Ensaios en torno de la razón compassiva, 2008. p. 204.
73. Tese sete "Sobre o conceito de história". BENJAMIN, Walter. *Magia e técnica, arte e política*. Obras escolhidas I, 1984. p. 225.
74. MATE, Reyes. *La herencia del olvido*. Ensaios en torno de la razón compassiva, 2008. p. 206.

Estamos diante de uma responsabilidade diferente do habitual, que vai além dos significados jurídicos ou sociais do termo. Mate nos mostra que em termos éticos ou filosóficos seria possível falar em responsabilidades históricas, coletivas ou políticas: "Algo para mim está claro: que eu não posso fugir do mal do mundo e que se é certo que são muitas as ações individualizadas que concorrem em um único ato histórico, a resposta deveria ser, pelo menos, coletiva ou política." (tradução nossa)[75]

Aqui já podemos notar a diferença entre a responsabilidade jurídica e a responsabilidade no âmbito moral[76]. A responsabilidade jurídica diz respeito a imputar a alguém uma conduta danosa, forçando-o a sofrer uma pena ou reparar o dano. No âmbito moral existiria uma polissemia. Fala-se em responsabilidade pelo próximo, pelas gerações futuras, em responsabilidade histórica ou responsabilidade política. A identificação do autor ou sujeito do ato pode ser o ponto de partida, mas nem todo o problema de responsabilidade se reduz a isso. Filosoficamente, a ideia de responsabilidade alcançaria muito mais do que nossa vontade ou intenção podem saber.

Aprofundando a noção de responsabilidade, *um conceito difícil de fundamentar, porém fundamental*, Mate dirá que se trata de *tomar em conta o outro*, inaugurando uma nova relação com os limites que impõem o tempo e o espaço[77]. A responsabilidade jurídica, portanto, ao se preocupar com as vítimas e agressores do aqui e agora, deixa de fora a reparação às vítimas do passado[78]. Existiria uma responsabilidade que expandisse as noções de tempo e espaço? Na filosofia moral kantiana, desenvolve o filósofo espanhol, o importante será a atribuição de uma ação reprovável a um sujeito que precisa responder. Somos responsáveis apenas pelo que fizemos. Que não nos peçam conta do que não fizemos[79]. Ao contrário, busca-se uma responsabilidade *pelo que não fizemos*. Caberia uma responsabilidade dos

75. "Algo sí me queda claro: que no me puedo desentender del mal del mundo y que si es certo que son muchas las acciones individualizadas que concurren em um único acto histórico, la respuesta debería ser, al menos, colectiva o política" (MATE, Reyes. *Memoria de occidente*. Actualidad de pensadores judíos olvidados, 1997. p. 264).

76. MATE, Reyes. *Memoria de occidente*. Actualidad de pensadores judíos olvidados, 1997. p. 250-264.

77. MATE, Reyes. *Tratado de injustiça*, 2011. p. 246.

78. MATE, Reyes. *Tratado de injustiça*, 2011. p. 247.

79. Todavia, mesmo essa liberdade não pode se esgotar apenas no ato, porque cada ato põe em marcha uma cadeia de acontecimentos podendo prolongar-se no tempo (MATE, Reyes. *Tratado de injustiça*, 2011. p. 247-248).

netos pelo que fizeram seus avôs? E os atos que ocorrem ao nosso redor, dos quais somos apenas espectadores? Aqui, seria o caso de dividir os atos em contemporâneos e passados. Quanto aos atos contemporâneos há extensa bibliografia sobre a conduta dos alemães durante o período nazista e acepções de culpa e/ou responsabilidades coletivas ou individuais. Karl Jaspers, por exemplo, no livro *A questão da culpa* (*el problema de la culpa*[80]) se pergunta sobre o alcance da responsabilidade de todos os alemães pelos fatos do nazismo. Haveria três tipos de culpa (ou responsabilidade)[81]: 1) moral, porque há condutas não previstas na lei que seriam objetos de responsabilidade. A indiferença, por exemplo; 2) política, dos cidadãos que eram membros de um Estado criminoso, inclusive dos descendentes; 3) metafísica, uma responsabilidade universal pelos desastres do mundo criados pela ação humana[82]. A culpa metafísica teria um nível maior de exigência. Uma solidariedade da espécie contra o sofrimento, uma responsabilidade pelo que ocorre ao nosso redor[83]. A responsabilidade com o passado seria diferente e deve cumprir dois requisitos: que as injustiças do passado sigam vigentes, e que haja uma relação entre o passado injusto e nosso presente[84].

Responsabilidade é um conceito muito usado, porém escorregadiço, está no Direito e na Moral. No Direito, significa pôr na conta de alguém uma ação condenável, referida à obrigação ou proibição de fazer algo. É a figura da *imputatio*[85]. Mate apresenta algumas críticas a esse modelo de responsabilidade. Primeiro, que a ideia de *assumir responsabilidade* está contaminando todas as condutas sociais, no sentido indenizatório. Responsabilizar-se significa cada vez mais indenizar materialmente. Segundo, a reparação material dos presentes deixa fora as injustiças do passado. Esse modelo de responsabilidade não lida com o problema das vítimas da história. Terceiro: sem um sujeito moral, torna-se difícil analisar outros aspectos que não se resolvem com a indenização[86], e completamos, com a punição.

80. JASPERS, Karl. *El problema de la culpa*, 1998. p. 79-90.
81. *Shuld*, literalmente *culpa*, é traduzido como *responsabilidade* por Mate, porque atualmente teríamos claro que a culpas são individuais, e as responsabilidades podem ser coletivas.
82. MATE, Reyes. *Tratado de injustiça*, 2011. p. 249-250.
83. MATE, Reyes. *Tratado de injustiça*, 2011. p. 250.
84. MATE, Reyes. *Tratado de injustiça*, 2011. p. 250.
85. MATE, Reyes. ¿Existe una responsabilidad histórica? In: MATE, Reyes (Ed.) *Responsabilidad histórica*. Preguntas del nuevo al viejo mundo, 2007. p. 354.
86. MATE, Reyes. ¿Existe una responsabilidad histórica?. In: MATE, Reyes (Ed.) *Responsabilidad histórica*. Preguntas del nuevo al viejo mundo, 2007. p. 355.

No âmbito da filosofia moral aparece Kant, que fala na atribuição a um sujeito de uma ação reprovável da qual precisa responder. Tal atribuição é o juízo mediante o qual alguém é considerado *causa livre* de uma ação. Assim, somos responsáveis somente pelos nossos atos, derivados de uma ação livre[87]. Mate dirá que uma ação reprovável pode ser vista sob dois pontos de vista: 1) Se atravesso o sinal vermelho violo a lei e, portanto, sou merecedor de sanção; 2) Se atravesso o sinal vermelho e atropelo um homem cujo de seu salário sobrevive uma família e, depois, o filho em dificuldades financeiras encontra o caminho do crime, significa que a responsabilidade não se esgota no ato. Há uma cadeia de acontecimentos[88].

Essa dupla dimensão explica duas éticas da responsabilidade. Uma hegeliana, preocupada com as consequências (da qual Hans Jonas seria o último episódio), e uma kantiana, centrada na violação da lei (no caso a lei moral)[89]. As duas formas de responsabilidade são fundamentadas na liberdade e no que fizemos. Essa é a forma de pensar moderna. Todavia, Mate busca uma responsabilidade que olhe para trás.

Acabamos de ver uma forma de olhar a responsabilidade a partir do passado. Há outra maneira de ver a *responsabilidade pelo que não fizemos*, no entanto, com vistas ao futuro – "o horizonte relevante da responsabilidade é fornecido muito mais pelo futuro indeterminado do que pelo espaço contemporâneo da ação"[90]. A tese de Hans Jonas nos impõe uma responsabilidade para com as próximas gerações. Se atualmente, com o avanço da tecnologia, somos capazes de destruir o mundo; temos o dever de evitá-lo. A responsabilidade se dirige a um *poder fazer* e, quanto maior o poder, maior a responsabilidade.

Jonas apresenta as muitas formas de olhar a responsabilidade. Primeiro, existiria uma responsabilidade como imputação causal de atos realizados. O agente deve responder por seus atos e os danos causados devem ser reparados[91]. Entretanto, dirá o filósofo, a ideia de compensação legal confundiu-se com a da punição, que possui origem moral. O castigo aplicado não visaria a compensação, mas

87. MATE, Reyes. ¿Existe una responsabilidad histórica?. In: MATE, Reyes (Ed.) *Responsabilidad histórica*. Preguntas del nuevo al viejo mundo, 2007. p. 355.

88. MATE, Reyes. ¿Existe una responsabilidad histórica?. In: MATE, Reyes (Ed.) *Responsabilidad histórica*. Preguntas del nuevo al viejo mundo, 2007. p. 356.

89. MATE, Reyes. ¿Existe una responsabilidad histórica?. In: MATE, Reyes (Ed.) *Responsabilidad histórica*. Preguntas del nuevo al viejo mundo, 2007. p. 356.

90. JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*, 2006. p. 44.

91. JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*, 2006. p. 165.

o restabelecimento da ordem moral[92]. A diferença entre responsabilidade legal e moral refletiria a diferença entre Direito civil (compensação como responsabilidade) e Direito penal (pena pela culpa).

A essa ideia agrega-se a noção de responsabilidade pelo que se faz, ou seja, que não diz respeito a um cálculo após o fato. É uma determinação do que se tem a fazer, uma virtude não pela conduta ou suas consequências, senão pelo objeto que reivindica meu agir[93]. Essa é a forma de responsabilidade que, no âmbito da Ética, perguntará sobre o que significa agir de forma responsável[94].

Para este autor, a ideia de responsabilidade está relacionada com a criação da cidade. A natureza não era objeto da responsabilidade humana e, diante dela, a Ética não era útil[95]. A cidade, o "artefato social onde homens lidam com homens", é onde se faz presente a Ética tradicional[96]. Toda Ética tradicional seria antropocêntrica, dizendo respeito à relação do homem com o homem e consigo mesmo. Seus mandamentos evidenciam o imediatismo da ação *ética*: ama ao teu próximo como a ti mesmo; faze aos outros o que gostaria que eles fizessem a ti; nunca trate os seus semelhantes como simples meios, mas sempre como fins em si mesmos etc. Mandamentos em que o sujeito que age e o Outro participam do mesmo presente[97].

Esse quadro sofre uma modificação decisiva com a técnica moderna, que introduziu na ação humana uma ordem inédita de grandeza[98]. A primeira grande alteração tem a ver com a vulnerabilidade da natureza provocada pela intervenção técnica do homem. Uma vulnerabilidade nunca antes imaginada, que põe a natureza como uma *responsabilidade humana*[99]. O objeto da responsabilidade é algo perecível:

> "É um outro que tem menos chance de comigo partilhar alguma coisa, quando comparado a todos os outros objetos transcendentes da Ética clássica: um outro, não como algo incomparavelmente melhor, mas como nada mais do que

92. JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*, 2006. p. 165-166.
93. JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*, 2006. p. 167.
94. JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*, 2006. p. 168.
95. JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*, 2006. p. 34.
96. JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*, 2006. p. 34.
97. JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*, 2006. p. 36.
98. JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*, 2006. p. 39.
99. JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*, 2006. p. 39.

> ele mesmo em seu próprio direito e sem que essa alteridade possa ser superada por uma aproximação minha em sua direção, ou vice-versa. Exatamente essa alteridade se apossa da minha responsabilidade."[100]

Jonas, tal qual Adorno, também apresenta seu *novo imperativo categórico*. Em Kant, o imperativo significa *agir de modo que sua máxima se torne lei geral*. Essa formulação não é contraditória com o fim da existência na Terra, ou com o fim da própria Terra. Ou seja, que a felicidade das gerações presentes possa ser paga com a infelicidade ou inexistência das gerações futuras; ou mesmo o contrário – "o sacrifício do futuro em prol do presente não é logicamente mais refutável do que o sacrifício do presente a favor do futuro".[101] Assim, o imperativo mais adequado seria: agir de modo que os efeitos de sua ação sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a terra; ou de forma negativa, agir de modo que os efeitos de sua ação não sejam destrutivos para a possibilidade futura de uma vida autêntica[102]. Um imperativo mais político que o kantiano. Um imperativo que, deliberadamente, se pauta no medo. O medo do perecimento, da destruição. O primeiro dever da Ética do futuro é visualizar os efeitos de longo prazo – "o que deve ser temido ainda não foi experimentado".[103]

As teses apresentadas neste capítulo, que trabalham a responsabilidade em perspectiva moral, ética, geracional ou histórica, não a reduzem à imputação individual. Alguns autores veem dificuldades nestas noções. Paul Ricoeur, por exemplo, falando especificamente sobre Jonas, vai apontar como uma dificuldade o prolongamento no tempo da cadeia de consequências da ação[104], que levaria a uma responsabilidade inapreensível ou injustamente socializada. Outro problema estaria relacionado ao "avanço"[105] (aspas minhas) do Direito Penal no que diz respeito à individualização da pena[106].

Ricoeur afirma uma perplexidade com relação aos empregos contemporâneos do termo responsabilidade. O filósofo inicialmente vai destacar as definições

---

100. JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*, 2006. p. 159.
101. JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*, 2006. p. 47.
102. JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*, 2006. p. 47-48.
103. JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*, 2006. p. 72.
104. RICOEUR, Paul. *O justo 1*: a justiça como regra moral e como instituição, 2008. p. 57.
105. Segundo a tese de Raymond Saleilles, que veremos adiante, a individualização da pena guarda maior relação com a ideia de ressocialização do sujeito do que propriamente com sua proteção. Ver Sailleiles, Raymond. *A individualização da pena*, 2006.
106. RICOEUR, Paul. *O justo 1*: a justiça como regra moral e como instituição, 2008. p. 55.

comuns no direito. Chamando de *uso jurídico clássico* do termo, definirá a responsabilidade civil como obrigação de reparar danos causados por nossa culpa e em certos casos determinados pela lei e a responsabilidade penal como a obrigação de suportar o castigo[107]. A ideia mais importante é a *obrigação* – obrigação de reparar ou de sofrer a pena[108]. Para além desse uso, anota Ricoeur, há uma proliferação e dispersão dos empregos do termo, indo distante dos limites do uso jurídico, são formulações que em última instância nos torna responsáveis por tudo e por todos[109]. O dilema entre individualizar ou coletivizar a responsabilidade também é trabalhado por Klaus Gunther.

Gunther defende que apenas em uma sociedade humana organizada de maneira legítima podem os atos serem imputados legitimamente a seus autores.[110] Desse modo, a existência de um regime injusto, tornando penosa a vida das pessoas, com opressões e discriminações arbitrárias, ou, ainda, a existência de um quadro de extrema desigualdade material que não deixa ao famintos e oprimidos nenhum alternativa de sobrevivência, tornaria questionável a imputação pessoal de atos – "estaríamos atribuindo a um indivíduo a responsabilidade que, em realidade, deveria estar sendo imputada aos outros".[111] Mesmo em sociedades com a presença de um Estado Democrático de Direito mais ou menos consolidado, os delitos em geral remetem a debilidade da situação de vida dos autores, circunstancias sociais, biográficas e familiares; ou déficits psíquicos que indicam inimputabilidade.[112]

O autor pensa em formas de reação à violação de uma norma que não necessariamente provém da imputação individualizadora e da responsabilização

107. RICOEUR, Paul. *O justo 1*: a justiça como regra moral e como instituição, 2008. p. 33.
108. RICOEUR, Paul. *O justo 1*: a justiça como regra moral e como instituição, 2008. p. 33.
109. RICOEUR, Paul. *O justo 1*: a justiça como regra moral e como instituição, 2008. p. 34.
110. GUNTHER, Klaus. Somente em uma sociedade humana todo ato tem seu autor. In: MACHADO, Marta; PUSCHEL, Flávia (Org). *Responsabilidade e pena no Estado Democrático de Direito*: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia, 2016. p. 15-16.
111. GUNTHER, Klaus. Somente em uma sociedade humana todo ato tem seu autor. In: MACHADO, Marta; PUSCHEL, Flávia (Org). *Responsabilidade e pena no Estado Democrático de Direito*: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia, 2016. p. 16.
112. GUNTHER, Klaus. Somente em uma sociedade humana todo ato tem seu autor. In: MACHADO, Marta; PUSCHEL, Flávia (Org). *Responsabilidade e pena no Estado Democrático de Direito*: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia, 2016. p. 17.

individual. Fatos podem ser imputados à natureza, à sociedade ou mesmo à vítima.[113] Remontando à teoria do *labeling approach*, lembrará que não existe nenhum comportamento "naturalmente" delitivo, sendo que qualquer ato somente adquire tal característica depois de passar por processos de atribuição de significados no âmbito de interações sociais.[114]

Nesse momento, já é possível falar em uma *zona cinzenta da responsabilidade*, com uma dificuldade histórica (e talvez eterna) em imputar seguramente atos a autores, ou melhor, em identificar precisamente as causas individuais, sociais ou naturais de uma conduta. Gunther explica que a importância das diferentes formas de imputação e o modo como elas se relacionam mudará de acordo com o momento histórico-social e as condições culturais.[115] Em questão está o tripé (1) responsabilidade pessoal do indivíduo, (2) responsabilização coletiva da sociedade e (3) atribuição de responsabilidade à natureza, com a importância de cada elemento sendo variável historicamente e objeto, em geral, de decisões políticas.[116]

Assim, no plano moral há uma primeira transformação relacionada à atribuição de uma responsabilidade pelo outro, sobretudo pelo frágil e vulnerável. Em seguida relacionada à uma vulnerabilidade futura do homem e seu meio ambiente como ponto principal do cuidado responsável[117]. Por fim, a atribuição pessoal de atos danosos, que subsiste no plano moral e jurídico. Nesse caso, questiona-se até onde se estende no espaço e no tempo a responsabilidade por nossos atos?[118]

---

113. GUNTHER, Klaus. Somente em uma sociedade humana todo ato tem seu autor. In: MACHADO, Marta; PUSCHEL, Flávia (Org). *Responsabilidade e pena no Estado Democrático de Direito*: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia, 2016. p. 19.
114. GUNTHER, Klaus. Somente em uma sociedade humana todo ato tem seu autor. In: MACHADO, Marta; PUSCHEL, Flávia (Org). *Responsabilidade e pena no Estado Democrático de Direito*: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia, 2016. p. 21.
115. GUNTHER, Klaus. Somente em uma sociedade humana todo ato tem seu autor. In: MACHADO, Marta; PUSCHEL, Flávia (Org). *Responsabilidade e pena no Estado Democrático de Direito*: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia, 2016. p. 24.
116. GUNTHER, Klaus. Somente em uma sociedade humana todo ato tem seu autor. In: MACHADO, Marta; PUSCHEL, Flávia (Org). *Responsabilidade e pena no Estado Democrático de Direito*: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia, 2016. p. 26.
117. RICOEUR, Paul. *O justo 1*: a justiça como regra moral e como instituição, 2008. p. 54.
118. RICOEUR, Paul. *O justo 1*: a justiça como regra moral e como instituição, 2008. p. 55.

Uma conduta hoje pode interferir no meio ambiente por muitos anos, por exemplo. O caso da poluição termina sendo paradigmático: "quanto mais longe forem nossos poderes, também mais longe irão nossas capacidades de poluir e também mais longe irá nossa responsabilidade pelos danos causados"[119]. Ricoeur oferece respostas parciais. A orientação retrospectiva da responsabilidade jurídica (responsabilidade pelo que fizemos), deveria ser substituída por uma orientação mais deliberadamente prospectiva, aliando prevenção de feitos futuros com reparação dos danos já cometidos.[120] Uma responsabilidade baseada na ideia de prevenção.

Gunther e Ricoeur afirmam a importância de se apontar o sujeito da responsabilidade. Apontar pessoas singulares e sistemas que intervêm de algum modo no dano, mesmo que de forma infinitesimal (nessa escala se exercitaria o princípio da vigilância)[121]. Por isso, não podemos abrir mão da ideia de autonomia, sendo que a negação da imputação individual resultaria na impossibilidade de nos vermos (e aos outros) como autores, inviabilizando a atribuição de atos ilícitos, mas também nossos méritos e boas ações,[122] tornando insustentável nossa ordem jurídica ao não reconhecermos uns aos outros como pessoas cujas ações são imputáveis reciprocamente.[123]

Na realidade, as mencionadas atribuições de responsabilidade apresentadas se referem à um comportamento ético ou político em relação ao que vamos fazer no presente (sejam nossas condutas, nossos julgamentos das condutas passadas, seja a formulação de padrões para as condutas do futuro). Esse presente, escreverá François Ost, a "justa medida dos tempos misturados"[124], é o momento da responsabilidade.

---

119. RICOEUR, Paul. *O justo 1*: a justiça como regra moral e como instituição, 2008. p. 55.
120. RICOEUR, Paul. *O justo 1*: a justiça como regra moral e como instituição, 2008. p. 56.
121. RICOEUR, Paul. *O justo 1*: a justiça como regra moral e como instituição, 2008. p. 56-57.
122. GUNTHER, Klaus. Somente em uma sociedade humana todo ato tem seu autor. In: MACHADO, Marta; PUSCHEL, Flávia (Org). *Responsabilidade e pena no Estado Democrático de Direito*: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia, 2016. p. 29.
123. GUNTHER, Klaus. Somente em uma sociedade humana todo ato tem seu autor. In: MACHADO, Marta; PUSCHEL, Flávia (Org). *Responsabilidade e pena no Estado Democrático de Direito*: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia, 2016. p. 30.
124. OST, François. *O tempo do direito*, 2001. p. 432.

4. Considerações finais

Após um espinhoso percurso sobre a ideia de responsabilidade é possível apresentar algumas considerações a propósito de uma conclusão: responsabilidade é um conceito ambíguo (ou polissêmico). Tal característica está marcada no texto, de forma repetitiva – a responsabilidade pode ser individual ou coletiva, com milhares de nuances e ideias antagônicas, com temperos que por vezes atenuam ou expandem a responsabilidade contra o coletivo ou contra o indivíduo.

Do ponto de vista da origem, há um questionamento de paradigma. A responsabilidade seria individual por natureza? Alguns autores dirão que não. Sequer estaria clara a presença da imputação nos primeiros contornos do conceito. Sabemos que sua definição mais difundida é aquela relacionada ao Direito. Responsabilidade como imputação (ou atribuição) individual de atos. No entanto, restou evidenciado que originalmente não existia esse sentido.

Como primeiros contornos, podemos mencionar a função de garantidor de uma dívida ou, na linguagem socialmente difundida à época, garantidor de eventos futuros (nesse caso, trata-se da palavra *responsável*); a garantia de um governo sobre um título público (atribuída ao banqueiro Jacques Necker), e a responsabilidade de um governo para com o povo (Os Federalistas). Tampouco estão presentes as ideias de culpa individual ou sujeito passivo (vítima). A palavra responsável teria origem cristã e somente depois passou à moral laica, sendo atraída pela linguagem moderna ao Direito, no contexto de ascensão do liberalismo. Uma responsabilidade individual fundada no livre-arbítrio e na culpa. A individualização corresponderia aos valores liberais modernos. O indivíduo autônomo, livre, que pode julgar e agir; sendo por isso responsável pelos seus atos. A responsabilidade, assim, cola-se no Direito por muitos anos e aparecerá, às vezes, como importante limite ao arbítrio estatal: seja nos princípios da individualização e da intranscendência, seja na crítica das criminologias positivistas que condicionam o comportamento humano. Outras vezes, aparecerá como limitador da própria tarefa do direito de resolução de conflitos, ao olhar as condutas de maneira meramente individual, sem considerar contextos, coletividades.

O sentido individualizante estará presente na responsabilidade civil e penal. Duas formas de responsabilização que aparecem juntas e vão se diferenciando com a separação entre compensação e punição. Até os dias de hoje, permanecem vinculadas de muitas formas e, segundo Tunc, cada dia menos diferentes. Os objetivos de defesa social e prevenção seriam os mesmos para ambas as responsabilidades. Interessante notar aqui a influência da criminologia positivista da evolução da responsabilidade civil, conforme afirmado por Tunc e

Viney – obscurecimento da culpabilidade e foco na defesa social. Este último, ademais, afirmará a existência de penas privadas no âmbito da responsabilidade civil. Desse modo, podemos dizer que a crítica do Direito penal deveria deter-se um pouco mais nas análises sobre o direito civil, sua operacionalidade e seletividade, uma vez que a alternativa civil segue sendo apresentada pelos críticos da pena. Seria o caso de fazer a crítica da responsabilidade civil com fundamentos positivistas (e canônicos, segundo Saleilles), que tem resumido quase tudo a um problema indenizatório-pecuniário.

Nem toda explicação causal impede a responsabilidade individual, e nem toda imputação é individual. Essa pode ser a máxima que resume o conjunto de ideias apresentadas. Fatos podem ser atribuídos aos indivíduos, a coletividades ou à natureza. A determinação de qual tipo de imputação será mais usual depende da formação histórica da sociedade em questão e das decisões políticas. Se, por um lado, não é possível afastar completamente o âmbito de autonomia do sujeito – assim jamais poderemos ser considerados autores das condutas positivas – nossos méritos, conquistas, boas ações; por outro lado, pode-se dizer que qualquer imputação de condutas reprováveis deveria vir acompanhada da memória das boas ações praticadas pelo indivíduo e da análise dos contextos, estruturas ou sistemas que possam ter gerado ou favorecido o comportamento. Somente assim seria possível equilibrar o juízo de responsabilidade.

Todos somos, de alguma maneira, perecíveis. Compartilhamos dramas, perdas, sofrimentos (políticos ou não). Todos podemos ser injustos ou injustiçados. Todos somos atravessados por instâncias e estruturas que condicionam nossas ações. A *zona cinzenta* da responsabilidade nos apresenta uma contradição. A atribuição é necessária, sem ela não seremos autores de qualquer ação; entretanto, a individualização é impossível. Saber exatamente a medida de uma conduta, quanto há de natural, social ou individual. Uma tarefa para os deuses. De fato, nenhum juiz é capaz de julgar. Todo julgamento deveria levar em conta o eu inteiro, e não a parcela, o contexto inteiro, e não o fragmento, o tempo completo, e não o passageiro – todas as coisas que possam ser consideradas no momento do conflito, do dano, da violência – talvez o momento em que as pessoas menos pareçam consigo mesmas.

A tarefa do filósofo do Direito, no centro dos dilemas apresentados, nesse mundo perecível que exige de nós condutas responsáveis cotidianas; ao mesmo tempo que nos impõe e expõe a julgamentos cotidianos e nos obriga a criar regras, padrões e conceitos para julgar o próximo, será encontrar a base ética da responsabilidade. A responsabilidade como preocupação com o outro – o próximo que está ao lado, ou o distante que ainda não nasceu, ou que já não está entre nós. Lembrar

que o eu também é um Outro – talvez essa seja a premissa para a tentativa de responder à questão sobre o que seria agir politicamente: encontrar a justa medida entre a minha responsabilidade pelo Outro, e a do Outro por mim.

5. Referências bibliográficas

BARBOSA, Carlos Cezar. *Responsabilidade civil do Estado e das instituições privadas nas relações de ensin*o. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BATISTA, Nilo. *Imputación para principiantes (brasilenõs)*. Nueva doctrina penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008a.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 2015.

DIAS. Jose de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. São Paulo: Lumen Juris, 2012.

FALCONNET, Paul. *La responsabilité*. 2. ed. Paris: Librairie Félix Alcan, 1928. 400 p.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2009. v. III.

GUNTHER, Klaus. *Teoria da responsabilidade no Estado Democrático de Direito*. Saraiva, 2009.

GUNTHER, Klaus. Somente em uma sociedade humana todo ato tem seu autor. In: MACHADO, Marta; PUSCHEL, Flávia (Org.). *Responsabilidade e pena no Estado Democrático de Direito*: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia. São Paulo: FGV Direito, 2016.

HENRIOT, Jacques. Note sur la date et le sens de l'apparition du mot "responsabilité". *Archives de philosophie du droit*, 1977. t. 22. La Responsabilité.

JASPERS, Karl. *El problema de la culpa*. Barcelona: Paidós, 1998.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*. Rio de Janeiro: Contraponto: Editora PUC-Rio, 2006.

MATE, Reyes. *Memoria de occidente*. Actualidad de pensadores judíos olvidados. Barcelona: Anthropos, 1997.

MATE, Reyes. ¿Existe una responsabilidad histórica? *Claves de lá razón práctica*, 168, 2006.

MATE, Reyes. *La herencia del olvido*. Ensaios en torno de la razón compassiva. Madrid: Errata Naturae Editores, 2008.

MATE, Reyes. *Tratado de la injusticia*. Barcelona: Anthropos, 2011.

MORA, José. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Edições Loyola, 2004. t. IV (Q-Z).

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OST, François. *O tempo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

RIBEIRO, Luis Antonio Cunha. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

RICOUER, Paul. *O justo 1*: a Justiça como regra moral e como instituição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2000.

SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*. São Paulo: Rideel, 2006.

TUNC, André. *La responsabilité civile*, 1989.

VILLEY, Michel. Esquisse historique sur le mot responsable. *Archives de philosophie du droit*, 1977. t. 22. La Responsabilité.

VINEY, Geneviève. *Tratado de derecho civil*: introdución a la responsabilidad, 2007 (versão Kindle).

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A imputação objetiva do resultado a uma ação contrária ao dever de cuidado, de Ingeborg Puppe – *RBCCrim* 155/103-123 (DTR\2019\27862);
- A imputação objetiva no direito penal brasileiro, de Luiz Régis Prado e Érika Mendes de Carvalho – *RCP* 3/81-110 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 1/253-287 (DTR\2005\812); e
- O pensamento de Hans Kelsen sobre o dualismo causalidade e imputação: uma exploração sobre a lei de causalidade e a ciência moderna, de Henrique Garbellini Carnio – *RT* 928/219-238 (DTR\2013\434).

El principialismo político-criminal como fetiche

Criminal political principialism as a fetish

Juan Pablo Mañalich R.

Doctor en derecho por la Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.
Profesor Titular y Director del Departamento de Ciencias Penales de
la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
jpmanalich@derecho.uchile.cl.

A convite.

Áreas do Direito: Fundamentos do Direito; Penal; Filosofia

Resumen: El artículo somete a crítica una determinada comprensión, distintivamente académica, de la política criminal, que admite ser designada como "principialismo". Para ello se reivindica el carácter irreductiblemente político del discurso político-criminal, el desconocimiento de lo cual queda ejemplificado en la problemática postulación del así llamado "principio de subsidiariedad", que usualmente sirve de base para la caracterización de la intervención jurídico-penal como *ultima ratio*. El trabajo se cierra con el esbozo de algunas implicaciones de la repolitización, en clave de democracia radical, del discurso político-criminal.

Palabras clave: Política criminal – Subsidiariedad y *ultima ratio* – Democracia radical.

Abstract: The paper offers a critique of distinctively academic understanding of penal politics, which may be designated as "principlism". Hereto, the irreducible political nature of the discourse of penal politics is asserted, the neglecting of which is very clearly illustrated by the postulation of a so called "subsidiarity principle", upon which the characterization of penal intervention as *ultima ratio* is usually grounded. The paper closes with a sketch of some implications of the repoliticization of the discourse of penal politics in terms of radical democracy.

Keywords: Penal politics – Subsidiarity and *ultima ratio* – Radical democracy.

Sumário: 1. ¿Hacia una "dogmática" de la política criminal?. 2. La política criminal como política (valga la redundancia). 3. Una muestra: el "principio de subsidiariedad". 4. Politización vía democratización. 5. Referencias bibliográficas.

1. ¿Hacia una "dogmática" de la política criminal?

En[1] una reciente contribución referida al problema de la interrelación que cabría detectar entre democracia, constitución y dogmática jurídico-penal, Silva Sánchez ha intentado retratar una tendencia intelectual, a su juicio preocupante, que apuntaría a "poner de relieve el 'carácter radicalmente político, democrático', del Derecho penal".[2] Esto se traduciría en que, de acuerdo con ese mismo punto de vista, "los únicos parámetros de control legítimo de la legislación penal serían su origen democrático y su conformidad con la Constitución".[3] Acertadamente, Silva Sánchez identifica al iuspublicista alemán Klaus Ferdinand Gärditz como un exponente especialmente representativo del enfoque por él criticado.[4] Silva Sánchez sugiere, a renglón seguido, que esta aproximación –en su opinión: reduccionista– tendría como foco crítico prioritario el "autoritarismo epistémico (anti-igualitario) de los idealistas del Derecho penal", que serían "aquellos profesores que pretenden saber allende de la ley – y aquende la Constitución – dónde está el Derecho penal correcto".[5]

Hidalgamente, Silva Sánchez, muestra no tener mayores problemas en quedar encasillado entre los ya mencionados "idealistas del derecho penal",[6] precisamente porque él hace suya la jerga sobre un "derecho penal correcto", cuya identificación definiría el cometido intelectual de la así llamada "ciencia del derecho penal", que a su vez se identifica con el discurso doctrinal de los profesores de derecho penal. Sería difícil encontrar una muestra más franca de este último predicamento que la que nos provee la siguiente declaración:

> "los profesores no ocupan ninguna posición de poder. Pero sí deberían considerarse discursivamente (racionalmente) vinculantes. Por decirlo con cierto distancia, es frecuente que haya mejores argumentos de política criminal entre los académicos que entre los políticos; entre los expertos que entre los profanos. Ello es debido –además de al tiempo y al esfuerzo invertidos– a que la comunidad académica no renuncia a confrontar el Derecho penal positivo (la legislación penal) con un modelo normativo de Derecho penal caracterizado

1. Este trabajo apareció originalmente publicado en el número 29 de la *Revista de Estudios de la Justicia* (2018).
2. Silva Sánchez (2018: 43).
3. Silva Sánchez (2018: 43).
4. Véase especialmente Gärditz (2015: 39 ss.).
5. Silva Sánchez (2018: 43).
6. Véase Gärditz (2015: 40).

> por un ideal supralegal de racionalidad. Por tanto, los conceptos doctrinales deben desempeñar una función doble, tanto de crítica constructiva *de lege ferenda* de la legislación vigente como de guía de la aplicación de esta última *de lege lata*."[7]

Esta toma de posición sintetiza aquello que, en el marco del presente trabajo, quisiera denominar "principialismo". Por tal cabe entender el postulado según el cual sería posible identificar, en la forma de una operación cognoscitiva, un conjunto de parámetros que podríamos llamar "principios de la política criminal", de cuya satisfacción dependería que la adopción y la implementación de decisiones concernientes a la definición, el control y la represión de comportamientos tenidos por socialmente intolerables puedan reclamar legitimidad política. Lo distintivo del principialismo, tal como aquí se está haciendo uso de la noción, consiste en la pretensión, explícita o velada de parte de quienes lo cultivan, de que los parámetros de legitimación así perfilados serían susceptibles de ser identificados de manera *pre-política*, en términos tales que tenga sentido postular, como lo hace Silva Sánchez, la existencia de una "ciencia de la política criminal", entendida como una "ciencia normativa".[8] Que sea concebible semejante ciencia normativa de la política criminal, cultivada por penalistas académicos, es algo que, a mi juicio, debe ser negado.

La naturaleza pre-política que, según los abogados de una política criminal principialista, tendría la actividad intelectual del penalista académico interesado por la legitimidad de algún conjunto de decisiones de política criminal expresadas en el respectivo sistema de control social formalizado, se deja advertir con toda claridad en la manera en que Robles Planas, destacado discípulo de Silva Sánchez, ha llegado a sugerir la necesidad de trabajar en una así llamada "dogmática de la política criminal".[9] En sus propias palabras, ésta estaría llamada a ocupar el lugar de una "meta-política criminal", encontrándose "en las mejores condiciones para analizar [la política criminal] desde un discurso legitimador y arrojar conclusiones mucho más firmes y seguras que las derivadas del juego de las mayorías políticas y de los acuerdos ideológicos".[10] Esta toma de posición ilustra de manera extraordinariamente precisa el compromiso que, según

7. Silva Sánchez (2018: 54 s.).
8. Silva Sánchez (2018: 52, n. 6).
9. Véase Robles Planas (2012: 19 ss.); validando la misma terminología, Silva Sánchez (2018: 57 ss.).
10. Robles Planas (2012: 20).

Gärdtiz, mostraría el todavía dominante discurso de la penalística académica, enraizada en "tradiciones idealistas, pre-democráticas y anti-positivistas", con "asunciones de corrección que se encuentran antepuestas al derecho positivo".[11]

2. La política criminal como política (valga la redundancia)

En qué medida ese discurso legitimador logre situarse como poseedor de una racionalidad capaz de vincular con independencia de tales o cuales premisas ideológicas, es algo que puede ponerse en duda si se examina, con un mínimo detenimiento, la formulación más acabada de tal programa de principialismo político-criminal, plasmada en la monografía de Sánchez-Ostiz, otro connotado discípulo de Silva Sánchez, y cuyo subtítulo sugerentemente reza "un retorno a los principios".

El punto de partida para su formulación de ese programa se encuentra en una abierta validación del carácter axiomático de la construcción de la variante de principialismo por él favorecida. En efecto, Sánchez-Ostiz afirma que "los principios, como tales, no resultan demostrables", lo cual no obstaría a que ellos sean, al mismo tiempo, susceptibles de aceptación con base en razones.[12] Metodológicamente, la apuesta consiste en identificar algún conjunto de "primeros principios" de la política criminal a partir de lo que él mismo caracteriza como "percepciones generalizadas sobre la persona", y que serían las siguientes tres: (1) "el deber de asegurar los fundamentos de la vida social"; (2) "el deber de respetar la libertad humana", que asumiría la forma de un compromiso con la legalidad; y (3) "el respeto de la dignidad en los medios de protección".[13] Sánchez-Ostiz pretende anclar esta identificación de los principios de seguridad en la vida social, legalidad y respeto por la dignidad, como los tres *primeros* principios de toda política criminal, en el "convencimiento de que cualquier construcción político-criminal apela siempre, mediata o inmediatamente, a un concepto de persona", lo cual determinaría que aquellos se encuentren entroncados "en la esencia de lo humano".[14]

11. Gärditz (2015: 42). Para una muy bien documentada impugnación de la caracterización distorsiva –por no decir: caricaturesca– del positivismo jurídico que la doctrina jurídico-penal alemana tendió a hacer suya a lo largo del siglo XX, véase Ortiz de Urbina (2007: 67 ss.).
12. Sánchez-Ostiz (2012: 88).
13. Sánchez-Ostiz (2012: 87).
14. Sánchez-Ostiz (2012: 89).

Aquí no interesa considerar el mérito particular de la especie de esencialismo personalista que Sánchez-Ostiz pretende retrotraer a una combinación del ideario liberal de la ilustración y el pensamiento de Aristóteles. Antes bien, me interesa poner el foco en la caracterización misma de los principios que habrían de fungir como axiomas de toda política criminal que reclame estar a la altura de un cierto ideal de racionalidad. Pues esto descansa en la cándida premisa según la cual esos primeros principios serían, sin más, universales; de esto último depende, en efecto, que tenga sentido la postulación misma de una ciencia (normativa) de la política criminal. Y esto desconoce, radicalmente, la naturaleza *contextual*, a la vez que *agonal*, del enfrentamiento práctico de cualquier problema que llega a revestir significación política.[15] La pretensión misma de que la política criminal habría de quedar sometida a una cierta racionalidad normativa, definida por principios que son tratados como premisas pre-políticas, no resulta compatible con la *contingencia* y la *inmanencia* definitorias del juego político democrático.[16] Dicho de otra manera: el principialismo político-criminal, en la versión aquí examinada, parece esconder, en la forma de un artificio ideológico, el carácter políticamente controversial de los postulados que ese principialismo presenta como axiomas.

En este preciso sentido, el principialismo opera propiciando una específica forma de falsa consciencia. Pues quienes lo promueven creen estar ofreciendo una modelación no-política de un determinado espacio de disputa política – a saber, el de la política criminal –, siendo el caso que esa modelación resulta ser irreductiblemente política, lo cual quiere decir: *políticamente controvertible*. Tal enmascaramiento del estatus de los principios doctrinalmente perfilados como basamentos pretendidamente infranqueables de toda política criminal legítima, ha sido acertadamente develado por Díez Ripollés. Pues su observación de que tales principios "no han de buscarse en lugares remotos, sino que nacen dentro de nuestras sociedades", careciendo así "de referencias externas a nosotros mismos",[17] no hace otra cosa que reconocer la inmanencia (política) de los correspondientes parámetros de legitimación.

Esta observación va de la mano de una preocupación explícita por develar el ya referido enmascaramiento en el que incurre el discurso principialista, el cual según Díez Ripollés, asumiría alguna de tres estrategias de "disimulación" del

15. Muy claramente al respecto, Mouffe (2007: 16 ss., 36 ss.).

16. Sobre el "principio de la inmanencia" como un aspecto de "los fundamentos comunes de las formas de nuestro pensamiento político", véase ya Heller (1930: 17 ss.).

17. Díez Ripollés (2003: 113).

carácter contingente de los pretendidos axiomas.[18] Como primera estrategia aparecería el recurso a alguna forma sublimada de iusnaturalismo, como aquella que abrazaría el modelo de derecho penal garantista programáticamente presentado por Ferrajoli.[19] Como segunda estrategia vendría en consideración el desiderátum de identificar los principios en cuestión con estándares expresa o implícitamente consagrados como normas constitucionales.[20] Finalmente, y como tercera estrategia, Díez Ripollés menciona el esfuerzo por desvincular la identificación de esos principios de las pre-comprensiones y concepciones pretendidamente vulgares extendidas a través de la sociedad en su conjunto, conducente a que aquellos sean presentados como el

> "producto de la reflexión realizada por la *intelligentsia* jurídica en el marco de una *cultura jurídica* […] suficientemente autónoma como para no sólo contradecir, sino igualmente imponerse legítimamente frente a tal sistema de creencias popular cuando éste fuera considerado incorrecto por los profesionales del derecho o de la filosofía jurídica."[21]

De las tres opciones críticamente reseñadas por Díez Ripollés, aquí interesa sobre todo considerar la tercera. Pues el elitismo intelectual que anima a esa estrategia en buena medida explica la desazón e impotencia con la que una parte significativa de la doctrina jurídico-penal se posiciona frente al auge contemporáneo del así llamado "populismo punitivo".[22] Ciertamente, este se ve favorecido por la hegemonía que actualmente ostenta el paradigma de la seguridad ciudadana, lo cual contribuye a que se lo trate como un fenómeno que la pretendida racionalidad científica administrada por los penalistas académicos sólo podría constatar despreciativamente.[23] Tal posicionamiento queda fuertemente condicionado por la actitud defensiva que, según también lo ha sugerido Díez Ripollés, los penalistas académicos suelen asumir a la hora de considerar el desenvolvimiento de la política criminal, que en sus palabras "lleva a que lo determinante sea cómo logramos frenar la intervención penal, y no cómo hay[a] que

18. Véase Díez Ripollés (2003: 115 s.).
19. Acerca de "los errores del garantismo", y de la necesidad de su reemplazo por un modelo "bienestarista", véase Díez Ripollés (2013: 89 s., 99 ss.).
20. Al respecto, y en referencia al contexto chileno, Wilenmann (2017: 410 ss.).
21. Díez Ripollés (2003: 116).
22. Sobre el fenómeno en cuestión, y en referencia a la situación chilena, Dammert (2013: 39 ss.).
23. Fundamental al respecto, y críticamente, Díez Ripollés (2013: 69 ss., 103 ss.).

legítimamente configurarla".[24] Semejante pretensión de someter la política criminal a un espacio de juego definido por axiomas sustraídos de la propia deliberación y confrontación político-criminal, se expresa muy plásticamente en la habitual caracterización de esos axiomas en la forma de unos así llamados "principios *limitadores* del *ius puniendi*".

3. Una muestra: el "principio de subsidiariedad"

La irremediable inadecuación que exhibe el principialismo como programa de *contención* de la político-criminal puede comprobarse a través de un análisis de la descripción que, desde ese mismo enfoque, se ofrece de uno de esos pretendidos principios limitadores, a saber: el así llamado "principio de subsidiariedad o de intervención mínima". Considérese, para tal propósito, lo que al respecto plantea Rettig en el recientemente aparecido primer tomo de su manual:

> "Conforme al principio de subsidiariedad o de intervención mínima, el Derecho penal ha de ser la *ultima ratio* o la *extrema ratio* o el último recurso al que hay que acudir a falta de otros medios menos lesivos. La tutela penal sólo debe ser activada cuando no existe otro medio eficaz no penal para salvaguardar el bien jurídico. Sólo se puede intervenir penalmente cuando es absolutamente necesario para la protección de bienes jurídicos, imprescindibles para la convivencia social, frente a los ataques más graves de que son objeto. [...] Si, por el contrario, bastan medios informales tales como la educación, la religión, etc., u otros de carácter jurídico-formal no penal, como el Derecho civil, laboral, de familia, etc., [el medio en cuestión] ha de preferirse a la herramienta penal, porque esta constituye la última razón del ordenamiento jurídico."[25]

El pasaje es evocativo de un planteamiento que tendría que resultar familiar para cualquier persona iniciada en los estudios universitarios de derecho penal. Pues se trata de un auténtico lugar común en el debate sobre los límites a los que quedaría sometido el ejercicio de la potestad punitiva del Estado.[26] La amplia adhesión

24. Díez Ripollés (2003: 135 s.).

25. Rettig (2017: 199 s.).

26. Acerca de la infelicidad terminológica implicada en la identificación de tal potestad –y que más bien consiste en una compleja red de potestades cuyo ejercicio está involucrado en la materialización de decisiones de criminalización, persecución, adjudicación y ejecución penal– como "el *ius puniendi* del Estado", por la cual se desconoce que esta última noción técnicamente específica la "pretensión punitiva" que el Estado queda habilitado a hacer valer frente al responsable de un hecho punible, véase Mañalich (2018: 106 s.).

que el mismo tiende a encontrar en la manualística no impide advertir que el planteamiento reposa en algunas dificultades que, en su muy iluminadora contribución al respecto, Gerhard Seher ha llegado a calificar como *aporías*. Según Seher, la usual postulación del principio de subsidiariedad de la intervención penal descansa en las siguientes tres premisas; (1) la hipótesis de que la pena es siempre "el medio de intervención más severo"; (2) una estricta diferenciación de la pregunta por la eficiencia (preventiva) de la reacción penal frente a la pregunta acerca de su fundamento en cuanto reacción merecida; y (3) la asunción de la comparabilidad – y, por ende, de la conmensurabilidad – de la regulación penal con cualesquiera otros mecanismos regulativos a los que el Estado puede echar mano.[27]

Seher observa que la tercera premisa se muestra afectada por la ambigüedad de la expresión "regulación penal", que puede ser superada a través de la distinción analítica entre normas de comportamiento y normas de sanción, entendidas estas últimas como las normas que habilitan a que el respectivo cuadro de funcionarios judiciales y administrativos imponga y ejecute alguna sanción como consecuencia del quebrantamiento de alguna norma de comportamiento.[28] La desambiguación así obtenida hace posible que el problema de la comparabilidad, al que alude la tercera premisa, sea planteado con mayor claridad. Como Seher mismo lo sugiere, la pregunta aquí relevante no admite ser formulada como la disyuntiva "¿norma de comportamiento *o* norma de sanción?", sino que consiste, más bien, en "cuándo una norma de comportamiento habría de ser *complementada* a través de una sanción o especialmente a través de una pena".[29]

Con ello, el problema de la comparabilidad queda redefinido como atingente a la "comprobación del efecto de las diferentes formas de sanción", penal y no penal, que en principio tendría que quedar entregada a la indagación empírica.[30] Pero no deberíamos esperar obtener una respuesta suficientemente clara al problema de la comparabilidad en el nivel empírico. ¿O es que acaso estamos inclinados a pensar, por ejemplo, que el debate acerca de la conveniencia – para no decir "necesidad" – del recurso a sanciones penales, y no sólo a multas administrativas, como reacción a comportamientos constitutivos de "corrupción entre privados" podría verse empíricamente zanjado?

27. Véase Seher (2006: 70 s.).

28. Seher (2006: 73 ss.). Para una defensa del carácter teóricamente irrenunciable de esa misma distinción, destacando los paralelismos existentes entre los enfoques de Binding y Hart, véase Mañalich (2012: 578 ss.).

29. Seher (2006: 75).

30. Véase Seher (2006: 75 s.).

Seher apunta que la puesta en vigor de una norma de sanción penal no suele ser enjuiciada en términos de si ella es empíricamente necesaria, sino más bien de si parece posible prescindir de ella.[31] Esto último sugiere que la preocupación usualmente expresada a través de la postulación de un pretendido principio de subsidiariedad es, bajo su mejor formulación, una preocupación de proporcionalidad, pero de índole irrestrictamente normativa. Pues siendo difícil negar que la eficacia intimidatoria de una norma de sanción penal será mayor según más trivial sea la norma de comportamiento quebrantada, ello difícilmente nos llevaría a proclamar que una sanción de cárcel sería adecuada para quien quebrante la prohibición de estacionar su automóvil en un lugar no habilitado para ello. Antes bien, sólo la importancia relativa de la norma de comportamiento que ha de verse reforzada a través de la respectiva regulación sancionatoria podría orientar la respuesta a la pregunta de si esta regulación debe ser penal.[32] Y como también observa Seher, ello es indisociable del *significado desaprobatorio* que es socialmente reconocido a la reacción penal, desaprobación que, en el marco de una práctica punitiva (contingentemente) sometida al principio de culpabilidad, se ve redefinida en la forma de un *reproche* dirigido a la persona a quien es imputable el comportamiento desaprobado.[33]

La consecuencia que se seguiría de ello parece difícil de soslayar. En el nivel de la formulación de la respectiva decisión regulativa, advierte Seher, "[l]a pena […] nunca es '*ultima ratio*' en el repertorio estatal de regulaciones, sino justamente lo contrario: la pena es la *prima ratio* […] para la comunicación de la desaprobación y del reproche" por el quebrantamiento de normas cuya transgresión es considerada socialmente insoportable, así como para inhibir, como consecuencia indirecta de esa desaprobación, quebrantamientos futuros de las normas en cuestión.[34]

Aquí no interesa, ni tampoco sería posible, ofrecer una fundamentación mínimamente persuasiva de las premisas a partir de las cuales Seher argumenta a favor de semejante inversión de la tradicional caracterización de la intervención penal como *ultima ratio*.[35] Sólo viene al caso, más bien, llamar la atención sobre la

31. Seher (2006: 76).

32. Seher (2006: 76 s.).

33. Seher (2006: 78 ss.).

34. Seher (2006: 81).

35. Al respecto, véase Mañalich (2013: 167 ss., 185 ss.). El punto de vista allí defendido es del todo coincidente con la convincente crítica a la que Jareborg sometiera la tradicional comprensión del principio de *ultima ratio*; véase Jareborg (2005: 524 ss., 532 ss.).

naturaleza manifiestamente controversial de esas premisas. Pero constatar esto último significa, al mismo tiempo, constatar la naturaleza asimismo controversial de las premisas en las que se apoya la caracterización tradicional que Seher persuasivamente impugna. Y lo que no puede ser pasado por alto es que se trata, en uno y otro caso, de premisas *políticamente* controversiales. Esta "politicidad" de las premisas capaces de orientar la dirección de la política criminal sólo puede resultar incómoda para quienes pretenden sublimar el carácter auténticamente político de toda *política* criminal, en la forma de una axiología ideológicamente aséptica a la que los cultores de la técnica jurídica tendríamos un acceso epistémicamente privilegiado.[36]

4. Politización vía democratización

Esto último ha sido denunciado, con toda radicalidad, por Gärditz, en referencia inmediata al estatus susceptible de ser atribuido al principio de *ultima ratio* en consideración de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán.[37] La denuncia reza como sigue: la promoción de una agenda favorable a un modelo de "derecho penal mínimo" –con independencia de lo que esto pudiera más precisamente significar– no puede quedar encubierta bajo una pretensión de cientificidad, así como tampoco bajo la postulación de supuestos constreñimientos constitucionales que, en vez de fijar el muy vasto campo de juego que en el marco de un Estado de derecho se abre para la disputa entre programas alternativos de política criminal, resolverían esa misma disputa a favor de uno de esos programas.[38]

Interesantemente, la denuncia de Gärditz se inserta en una creciente convergencia de teóricos del derecho penal, algunos adscritos a la tradición del derecho europeo continental y otros a la del *common law*, en cuanto a la urgencia de una repolitización de la discusión sobre sus fundamentos y sus límites. Esto vuelve impostergable que los penalistas académicos asumamos que el discurso de la dogmática jurídica es *uno*, y *sólo uno*, de los variados discursos que es necesario integrar reflexivamente en pos de una teorización comprensiva de los sistemas

Acerca de la manifiesta inverosimilitud descriptiva de la caracterización de la intervención penal como *ultima ratio*, en referencia inmediata al paradigma contemporáneo de un derecho penal "social-regulativo", véase Kindäuser (2017: 385 s., 387 ss.).

36. Como aquí, ya Kindhäuser (2009: 963 s.).

37. Gärditz (2016: 642 ss.).

38. Véase Gärditz (2016: 649 s.).

penales contemporáneos, discursos entre los cuales también figura, y de forma insustituible, el de la filosofía política.[39]

En este último registro, es posible esbozar la perspectiva que se abre si el enfoque provisto por el ideario de la democracia radical se pone al servicio de una auténtica repolitización de la política criminal.[40] Una razón por la que un enfoque como este puede resultar merecedor de consideración aparece sugerida en la obra de Peter Ramsay, uno de sus principales promotores en el debate político-criminal anglosajón de los últimos años. A propósito del ya mencionado fenómeno del populismo punitivo, él ha observado que es "un error entender la política contemporánea sobre la justicia criminal como políticamente popular", pudiendo ser tomada, en cambio, "como uno entre varios síntomas de la impopularidad de la política y de un declive de la participación en la vida pública".[41] Con ello, Ramsay sugiere una estrategia que se encuentra en las antípodas del remedio que Pettit se permitiera prescribir para intentar contrarrestar la inequívoca tendencia hacia el inflacionismo punitivo que era posible detectar a comienzos de la primera década de este siglo, a saber: la de institucionalizar un *penal policy board* de integración compleja que, operando análogamente a un banco central, y gozando así de un grado de considerable (mas no plena) autonomía frente a los poderes ejecutivo y legislativos, emitiera recomendaciones de "tarifas" punitivas que, siendo validadas por la legislatura, pudieran convertirse en pautas vinculantes para la fijación de las penas.[42]

La propuesta de Pettit descansa en una cuidadosa descripción de lo que él mismo denominara la "dinámica de indignación", conducente al progresivo endurecimiento de las sanciones susceptibles de ser impuestas como penas.[43] Aquí sólo

39. Al respecto, véase la perspectiva panorámica recientemente ofrecida por Gómez Lanz (2018), en cuanto a las relaciones susceptibles de ser reconocidas entre la filosofía política y la filosofía del derecho penal. Es llamativo, con todo, que su enfoque se mantenga exclusivamente referido a la ya muy frecuentemente considerada confrontación entre liberalismo y comunitarismo. Respecto de algunas implicaciones de un modelo de derecho penal democrático, suficientemente diferenciado de los idearios liberal y comunitarista, y en referencia inmediata a la obra de Duff, véase Mañalich (2017: 181 ss.,198 ss.).
40. Sobre el proyecto filosófico-político de la democracia radical, véase Mouffe (1999: 27 ss., 39 ss.); para el esbozo de su aplicación al campo de la teoría de la constitución, véase Mañalich (2015: 255 ss.).
41. Ramsay (2016: 84). La asociación criticada por Ramsay aparece validada, por ejemplo, por Díez Ripollés (2013: 78 ss.).
42. Véase Pettit (2002: 440 ss.).
43. Pettit (2002: 429 ss.).

importa advertir que una condición especialmente favorecedora de la activación recursiva de semejante dinámica parece hallarse en el hecho de que, contemporáneamente, la vulnerabilidad frente a la delincuencia se constituya como la marca que define el estatus de un ciudadano que, ante todo, se identifica como una víctima potencial,[44] tas lo cual ciertamente resuena la advertencia de Giglioli en cuanto a que "[l]a víctima es el héroe de nuestro tiempo".[45] Y como Ramsay lo ha advertido, una justificación propiamente liberal de la potestad punitiva del Estado, que tendría que entenderse ejercida en pos de reafirmar el respeto por la igual dignidad de los individuos que cuentan como agentes morales, no puede más que descansar en "la comprensión del crimen como una relación entre un perpetrador y una víctima".[46] Frente a esto, y como contrapartida, una justificación democrática de esa misma potestad sólo podría orientarse a la reafirmación del igual derecho de todo ciudadano a tomar parte en la praxis del autogobierno, lo cual tendría que descansar en una comprensión (abstracta) del crimen como "una negación práctica de la existencia de los derechos de la personalidad", entendidos éstos como presupuestos de la participación individual en la deliberación política.[47]

El *quid* del argumento de Ramsay a favor de su particular versión de "retribucionismo democrático" se encuentra en la hipótesis de que la intensificación de la participación de los ciudadanos en una práctica que satisfaga el ideal democrático del autogobierno habría de traducirse en una progresiva reducción de la severidad de las sanciones penales impuestas bajo el derecho del *demos*.[48] En sus palabras:

---

44. Véase Ramsay (2010: 267 ss.); coincidentemente Díez Ripollés (2013: 77 s.). Acerca de la genealogía del así llamado "temor al delito" como categoría del discurso político-criminal de las últimas décadas, véase Dammert (2013: 49 ss.).

45. Giglioli (2017: 11).

46. Ramsay (2016: 88).

47. Ramsay (2016: 93). Asumir el punto de vista así delineado no supone seguir a Ramsay en su defensa de la suspensión del estatus de ciudadano, y así del ejercicio de sus derechos políticos, que necesariamente tendría que acompañar a la ejecución de una pena privativa de libertad. Así Ramsay (2016: 91 s.); detalladamente Ramsay (2013: ss., 429 ss.), cuyo argumento se centra en la incompatibilidad que existiría entre la privación de las libertades civiles que conlleva el encarcelamiento, por un lado, y la preservación del vínculo de igualdad política para con la persona encarcelada, por otro. Para una propuesta de refutación de este argumento, véase Marshall (2018: 3 ss., 6 ss.). Acerca de la contradicción performativa implicada en el desconocimiento –bajo el derecho chileno: constitucionalmente previsto– de la ciudadanía del condenado como consecuencia de la imposición de una pena aflictiva, desde el punto de vista de un retribucionismo democrático, véase ya Mañalich (2011: 134 ss., 138 ss.).

48. Ramsay (2016: 95 ss.).

> "In a democracy, citizen's status as rulers will be realized to the extent that practical respect for their rights is at the core of the everyday practice of both state agents and citizens. The more the state officials and other citizens are respectful of each other's status a corulers, and the more the state officials are practically dependent on the citizenry for their day-to-day power and authority, the more fully realized will be the rights of democratic citizenship and the stronger the authority of the democratic legal regime. And the stronger is the authority of these rights of democratic citizenship, the less significant any particular criminal denial of the rights of citizenship will be."[49]

Si la sugerencia de Ramsay es plausible, deberíamos empezar a favorecer un involucramiento activo de los ciudadanos de nuestras presuntas democracias en la articulación y orientación de la política criminal que implementan nuestros estados,[50] en vez de pretender monopolizar una pseudo-ciencia que, en los hechos, queda confinada a ocupar el lugar de una colección de axiomas con vocación contrafactual, cuya enunciación se limita a ocupar vastas páginas de nuestros manuales.

5. Referencias bibliográficas

DAMMERT, Lucía. *Inseguridad, crimen y política*. Santiago: RIL, 2013.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2003.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Política criminal y derecho penal*. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. *Staat und Strafrechtspflege*. Paderborn: Ferdinand Schöningh, 2015.

GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz. *Juristen Zeitung*, 71 (13): 641-650, 2016.

GÓMEZ LANZ, Javier. La filosofía del Derecho penal como marco para la conexión entre la filosofía política y las disciplinas penales. *InDret* 3/2018. Disponible en: [www.indret.com/pdf/1396_1.pdf].

GIGLIOLI, Daniele. *Crítica de la víctima*. Barcelona: Herder, 2017.

HELLER, Hermann. *Las ideas políticas contemporáneas*. Barcelona y Buenos Aires: Labor, 1930.

49. Ramsay (2016: 96).

50. Para una muestra de confianza en la democratización del debate político-criminal, véase Varona (2016: 167 ss.), dando cuenta de los resultados de la implementación experimental de una "encuesta deliberativa" diseñada según el método elaborado por Fishkin.

JAREBORG, Niels. Criminalization as last resort (*ultima ratio*). *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2: 521-534, 2005.

KINDHÄUSER, Urs. Die deutsche Strafrechtsdogmatik zwischen Anpassung und Selbstbehauptung – Grenzkontrolle der Kriminalpolitik durch die Dogmatik?. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 121 (4): 954-964, 2009.

KINDHÄUSER, Urs. Straf-Recht und ultima-ratio-Prinzip. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 129 (2): 382-389, 2017.

MAÑALICH, Juan Pablo. Pena y ciudadanía. En: KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*. 2. ed.. Montevideo y Buenos Aires: BdF, 2011.

MAÑALICH, Juan Pablo. Reglas primarias de obligación. Las "reglas del derecho penal" en *El Concepto de Derecho* de H.L.Hart. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 11: 571-585, 2012. Disponible en: [http://zis-online.com/dat/artikel/2012_11_716.pdf].

MAÑALICH, Juan Pablo. Justicia, propiedad y prevención. En: MAÑALICH, Juan Pablo (Coord.). *El derecho penal en la Universidad de Chile*. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2013.

MAÑALICH, Juan Pablo. La democracia como programa constitucional: el lugar de los derechos fundamentales. En: CHIA, Eduardo; QUEZADA, Flavio (Ed.). *Propuestas para una nueva Constitución*. Santiago: Instituto Igualdad, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Fundación Friedrich Ebert, 2015.

MAÑALICH, Juan Pablo. Responsabilidad, autoridad y democracia. Una exploración crítica de la filosofía del derecho penal de Antony Duff. *Discusiones*, XVII: 167-219, 2017.

MAÑALICH, Juan Pablo. *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*. Santiago: Thomson Reuters, 2018.

MARSHALL, Pablo. Voting from prison: against the democratic case for disenfranchisement. *Ethics and Global Politics*, 11: 1-16, 2018.

MOUFFE, Chantal. *El retorno de lo político*. Barcelona y Buenos Aires: Paidós, 1999.

MOUFFE, Chantal. *En torno a lo político*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007.

ORTIZ DE URBINA, Iñigo. *La excusa del positivismo*. Madrid: Thomson/Civitas, 2007.

PETTIT, Philip. Is criminal justice politically feasible?. *Buffalo Criminal Law Review*, 5: 427-450, 2002.

RAMSAY, Peter. Overcriminalization as vulnerable citizenship. *New Criminal Law Review*, 13 (2): 262-285, 2010.

RAMSAY, Peter. Voters should not be in Prison! The rights of prisoners in a democracy. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 16 (3): 421-438, 2013.

RAMSAY, Peter. A democratic theory of imprisonment. En: DZUR, Albert; LOADER, Ian; SPARKS, Richard (Ed.). *Democratic theory and mass incarceration*. Nueva York: Oxford University Press, 2016.

RETTIG, Mauricio. *Derecho penal parte general*. Fundamentos, Santiago: DER ediciones y Universidad Alberto Hurtado, 2017. t. I.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Introducción a la edición española. Dogmática de los límites del derecho penal. En: PLANAS Ricardo Robles (Ed.). *Límites al derecho penal*. Principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier, 2012.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *Fundamentos de política criminal*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo: Marcial Pons, 2012.

SEHER, Gerhard. Kann Strafrecht „subsidiär" sein? Aporien eines „unbestrittenen" Rechtsgrundsatzes. En: VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (Coord.). *Mediating principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*. Baden-Baden: Nomos, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Malum passionis. *Mitigar el dolor del derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2018.

VARONA, Daniel. *El debate ciudadano sobre la justicia penal y el castigo: razón y emoción en el camino hacia un Derecho penal democrático*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo: Marcial Pons, 2016.

WILENMANN, Javier. Control institucional de decisiones legislativas político-criminales. *Estudios Constitucionales*, 15 (2): 389-446, 2017.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Considerações críticas acerca da teoria funcionalista na dogmática penal: "monismo" de Jakobs e "dualismo" de Roxin, de Alcides Marques Porto Pacheco – *RT* 914/201-226 (DTR\2011\4971);
- Fundamentos político-criminais e dogmáticos do direito penal, de Claus Roxin e Alaor Leite – *RBCCrim* 112/33-39 (DTR\2015\1986);
- Legislação penal e ciências criminais: por uma teoria orientadora dos interesses político-criminais, de Marcelo Almeida Ruivo – *RBCCrim* 147/587-614 (DTR\2018\19333); e
- O perigo da imprópria universalização da dogmática penal, de Bruno Cortez Torres Catelo Branco e David de Paiva Costa Tangerino – *RBCCrim* 118/55-92 (DTR\2016\669).

Banco de dados genético e o princípio *nemo tenetur se detegere*

Genetic data bank and the nemo tenetur se detegere *principle*

Alencar Frederico Margraf

Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia, pelo Instituto Busato de Ensino. Pós-Graduado *latu senso*, pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná, Núcleo de Ponta Grossa. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Membro Efetivo do Instituto Paranaense de Direito Processual. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (mai-2013/mai-2015). Vice-líder do Grupo de Pesquisa "Relações Institucionais: todos os lados do artigo 2º da Constituição Federal" (certificado pela CAPES-CNPQ). Pesquisador. Professor na Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG – Paraná.
alencarmargraf@yahoo.com.br

Letícia Pereira Castro

Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas de Itararé – FAFIT.
leticia_p_castro@hotmail.com

Marcelo Geraldo de Oliveira

Bacharel em Direito pela Faculdade de Telemaco Borba/FATEB.
marcelo.g1971@hotmail.com

Recebido em: 30.11.2018
Aprovado em: 15.04.2019
Última versão dos autores: 29.04.2019

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: É necessário analisar a constitucionalidade da coleta compulsória de material genético, mesmo mediante técnica não invasiva de coleta ou em caso voluntário. Isso porque a Lei Fundamental protege inúmeros direitos fundamentais que são ofendidos com a realização da coleta de material genético. É preciso considerar que quando se faz o uso da coleta de material biológico para o exame de DNA, há a necessidade de analisar o princípio constitucional relativo a

Abstract: It's necessary to analyze the constitutionality of the compulsory collection of genetic material even through non-invasive technique or in voluntary case. This is because the Fundamental Law protects innumerable fundamental rights that are offended by this research. It's necessary that when making use of a collect of biological material for the DNA examination, there is a need to analyze the constitutional principle regarding the prohibition of probative production

Margraf, Alencar Frederico; Castro, Letícia Pereira; Oliveira, Marcelo Geraldo de.
Banco de dados genético e o princípio *nemo tenetur se detegere*.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 161. ano 27. p. 75-99. São Paulo: Ed. RT, novembro 2019.

vedação de produção probatória contra si mesmo, levando em consideração a legislação, a jurisprudência e a doutrina brasileira. Por essa razão, torna-se importante buscar novos meios de produção probatória, desde que não sejam violadores de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Banco Genético – Biodireito – Prova Forense – Intervenções Corporais.

against oneself, considering the legislation, jurisprudence and the Brazilian doctrine. For this reason, it becomes important to seek new means of probative production provided they are not violators of fundamental rights.

Keywords: Banks Genetic – Biolaw – Forense Evidence – Body Interventions.

Sumário: 1. Introdução. 2. Criação do Banco Genético. 3. Direito Comparado. 4. Da Proibição da Autoincriminação. 5. Intervenções Corporais. 6. Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG). 7. Análise de Caso. 8. Conclusão. Referências.

1. Introdução

O desenvolvimento biotecnológico que se iniciou a partir da metade do século passado e sofreu um rápido crescimento nos últimos anos, tem proporcionado avanços expressivos nas ciências biológicas. Os avanços ocorridos no campo da ciência possibilitam melhorias e a superação de muitos problemas sociais, como melhores condições de saúde e nutrição, acesso aos medicamentos essenciais e às tecnologias de diagnóstico e terapia de doenças. Todas essas constatações possibilitaram a criação de novas áreas, tais como a biologia molecular e, mais especificamente, da genética forense.

Esse avanço biotecnológico, provoca aumento na responsabilidade dos pesquisadores, tanto quanto aos efeitos dos conhecimentos gerados, quanto às aplicações das novas técnicas, buscando sempre a melhor solução possível para os problemas identificados, devendo em sua essência serem pautadas no respeito a cidadania e a dignidade humana.

A biotecnologia passou a ser alvo de debates em fóruns jurídicos, pois a preocupação quanto aos métodos aplicados para o desenvolvimento da ciência passou a ser questionado, uma vez que, não raro, se utilizam de animais vivos e cobaias humanas para os experimentos.

No que tange ao Direito, tem-se questionado a possibilidade da pessoa se sujeitar ao exame de DNA e coletas de dados genéticos para fins periciais. Se para uns trata-se de um meio importante para o avanço da produção probatória, outros, no entanto, o consideram prejudicial as pessoas e violador de normas constitucionais.

Verifica-se que a luta contra a autoincriminação não constitui impedimento à coleta de prova contrariamente ao consentimento do acusado, especificamente em relação às interseções corporais compulsórias, razão por que se propõem parâmetros para regulamentá-las no direito brasileiro.

Frente a essas considerações, tem-se que este é o primeiro desafio jurídico a ser enfrentado, isto porque a Constituição Federal, além da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, prevê expressamente como direito fundamental, portanto cláusula pétrea, que ninguém tem o dever de produzir prova em seu desfavor (autoincriminação), mesmo diante de uma acusação formal. Trata-se, em outras palavras, do princípio da autodefesa que integra o direito ao silêncio, o direito de não produzir provas contra si mesmo, bem como o direito de não confessar.

Foi utilizado para a elaboração da presente pesquisa o método dedutivo, consubstanciado em livros, artigos científicos e revistas jurídicas. Por meio de um procedimento dialético buscar-se-á demonstrar que a criação de um banco de dados de perfis genéticos permite resolução de crimes para os quais não há nenhum suspeito, e que de outra forma permaneceriam insolúveis. Não se vê problema em coletar amostras biológicas, desde que não haja prejuízo a pessoa e que não seja utilizada, em tempos futuros, para recriminá-la.

No entanto, reconhece-se a necessidade de avançar nos estudos a respeito dos bancos de dados. Debates acerca do procedimento utilizado e a maneira de arquivamento das informações devem ser solucionados para garantir e concretizar os direitos constitucionais que protegem a dignidade da pessoa humana.

2. Criação do Banco Genético

A terminologia encontrada na doutrina é variável. Pode-se encontrar as seguintes nomenclaturas: biobancos, biotecas, coleções de amostras biológicas, centros de recursos biológicos, bancos de viventes, bancos de dados genéticos, base de dados genéticos, base de dados de pesquisa em genética humana, biobancos virtuais, biorepositórios, bancos de tecidos, bancos de genes, registros. Essa diversidade terminológica denuncia a vagueza semântica dos conceitos[1].

1. SCHIOCCHET, Taysa (org). *Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal*. Série Pensando o Direito, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012. Disponível em: [http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2013/03/Volume-431.pdf]. Acesso em: 10.10.2014. p.66.

Conforme citado por Taysa Shiocchet[2], na obra intitulada *Les biobanques* (Os biobancos), as autoras Noiville e Bellivier[3], apresentam um panorama sobre a complexa realidade de *collectioner le vivant* (colecionar o vivente). Elas referem-se aos bancos ou aos repositórios de amostras biológicas humanas e seus respectivos dados.

No entanto, os biobancos diferenciam-se dos bancos de perfis genéticos, de modo que, segundo as autoras não são possíveis qualificar um banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal como biobanco[4], pois aquele não tem finalidade terapêutica ou de pesquisa. A finalidade dos bancos de perfis genéticos é identificar, mais eficazmente, os autores de delitos, de modo a prevenir, inclusive, a reincidência. Nesse sentido, seria incorreto abarcar no conceito de biobanco também os bancos de perfis genéticos para fins de identificação criminal[5].

Os biobancos teriam, portanto, como características comuns, uma infraestrutura pública ou privada, o agrupamento organizado de amostras biológicas (células, tecidos, urinas, genes, fragmentos de DNA) e dados (clínicos dos pacientes, familiares ou mesmo de toda a população, dados genealógicos ou biológicos, relativos ao modo de vida) por um determinado período de tempo, com finalidade de pesquisa médica[6].

Em que pese tal diferenciação conceitual, os biobancos e bancos de dados genéticos podem ser classificados, em regra, a partir dos seguintes critérios: i) estatuto jurídico público ou privado (refere-se ao ato de criação, isto é, se foi criado

---

2. SCHIOCCHET, Taysa (org). *Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal*. Série Pensando o Direito, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012. Disponível em: [http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2013/03/Volume-431.pdf]. Acesso em: 10.10.2014. p.33.
3. BELLIVIER, F.; NOIVILLE, C. *Les biobanques*. Paris: PUF, 2009, p. 5. *apud* SCHIOCCHET, Taysa et alli. Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal. Série Pensando o Direito, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012. p. 33.
4. BELLIVIER, F.; NOIVILLE, C. *Les biobanques*. Paris: PUF, 2009 p. 6. *apud* SCHIOCCHET, Taysa et alli. Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal. Série Pensando o Direito, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012. p. 34.
5. SCHIOCCHET, Taysa (org). *Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal*. Série Pensando o Direito, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012. Disponível em: [http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2013/03/Volume-431.pdf]. Acesso em: 10.10.2014. p.33.
6. BELLIVIER, F.; NOIVILLE, C, *Les biobanques*. Paris: PUF, 2009, p. 6. *apud* SCHIOCCHET, Taysa et alli. Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal. Série Pensando o Direito, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012. p. 34.

por uma lei ou por contrato); ii) finalidade (refere-se à destinação do banco e de suas amostras e dados armazenados); iii) conteúdo (a depender do tipo de material ou dado armazenado); iv) tamanho e grau de organização; e v) circulação das amostras e dados ao exterior[7].

Os bancos de dados criminais genéticos têm como objetivo contribuir para a resolução de ações judiciais criminais, funcionando como ferramenta de investigação por propiciar o confronto automatizado de perfis genéticos procedentes de diversas fontes como vestígios questionados, oriundos de locais de crimes e amostras de vítimas, suspeitos e condenados. Pode-se com isto comprovar se uma pessoa investigada deixou qualquer indício biológico em um ou mais locais de crimes ou mesmo no corpo de uma ou mais vítimas[8].

O poder para incriminar ou inocentar foi se ampliando na década de 1990 até a formação de banco de dados de DNA. A aprovação da primeira legislação que permitia a coleta e o armazenamento de amostras de DNA de condenados deu-se na Virgínia em 1989. Sendo que a primeira execução de indivíduo identificado através de uma pesquisa em banco de dados de DNA ocorreu em abril de 2002. James Earl Patterson foi condenado à morte por injeção letal. Em 1999, havia sido preso por outro crime, quando doou material para exame de DNA, seu perfil coincidiu com amostras associadas com o estupro e homicídio de uma senhora de 56 anos, em 1987. Diante da prova de DNA, Patterson confessou a autoria do crime[9].

Em Porto Alegre, a perícia de crimes é feita pelos peritos do Instituto Geral de Perícias (IGP)[10]. O laboratório utiliza o sistema CODIS, para cadastrar o DNA e

7. BELLIVIER, F.; NOIVILLE, C. *Les biobanques*. Paris: PUF, 2009, p.35-45. *apud* SCHIOCCHET, Taysa et alli. Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal. Série Pensando o Direito, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012. p. 34.
8. BONACCORSO, Norma Sueli. *Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de bancos de dados criminais de DNA no Brasil*. São Paulo, 2010. Tese de Doutorado – Faculdade de direito. Universidade de São Paulo. Disponível em:<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-04102010-141930/pt-br.php>. Acesso em: 10.08.2014. p. 62.
9. WALSH, S. J BUCKLETON, J. DNA intelligence databses. In: BUCKLETON, J.; TRIGGS, C. M; WALSH, S. J. *Forensic DNA evidence interpretation*. New York: CRC, 2005. p. 447.
10. A Divisão de Genética Forense é responsável por todas as perícias oficiais do Rio Grande do Sul que envolvam comparações genéticas criminais e a confirmação da presença de sangue humano e/ou sêmen em vestígios de crimes diversos. Desta forma, realiza rotineiramente análises comparativas (DNA nuclear autossômico, de cromossomo Y e de DNA mitocondrial) entre vestígios coletados em locais de crimes com amostras

fazer as comparações de perfis genéticos. No entanto, como não há um banco de dados nacional implantado no Brasil, a amostra contida no sistema não tinha como ser comparada a de criminosos no país[11].

O IGP serve como laboratório-escola, recebendo peritos de outros estados para treinamentos e cursos. As informações colhidas, porém, ainda não são compartilhadas com outros estados[12], já que o sistema ainda está no início e as pessoas em treinamento, sendo possível a ocorrência de erros, falhas e desvios de informações.

O banco de dados do IGP conta apenas com perfis genéticos obtidos por meio da análise de amostras recolhidas em cenas de crime, como sangue, fios de cabelo, ossadas e objetos que podem ser tocados, estes são chamados vestígios forenses. Com eles, é possível tentar individualizar o perfil de quem seria o criminoso[13]. Percebe-se então, que o banco de dados formado pela perícia gaúcha está pautada pela coleta do que é deixado na cena dos crimes e não pela obrigatoriedade de os suspeitos as fornecer.

---

coletadas de vítimas, suspeitos e eventualmente familiares destes. Da mesma forma, realiza análises genéticas com o objetivo de identificação humana de cadáveres cuja identificação não foi possível por nenhum outro método, por exemplo, cadáveres em avançado estado de decomposição, carbonizados, ossadas, etc. Também são realizadas análises genéticas (através da análise do Citocromo B) de identificação de espécies para casos envolvendo crimes ambientais e abigeato. Desde 2011, a Divisão de Genética Forense também administra e insere perfis genéticos no banco de dados de perfis genéticos criminal (CODIS) do Estado. Atualmente, a Divisão trabalha para que as ossadas já analisadas e que continuam sem identificação sejam comparadas com familiares de pessoas desaparecidas na busca de possíveis vínculos genéticos. (Instituto Geral de Perícias (IGP). Divisão de Genética Forense do Rio Grande do Sul. Disponível em: [http://www.igp.rs.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=25&Itemid=38]. Acesso em: 05.11.2014.

11. LOPES, Tatiana. Dilma sanciona lei que cria banco de DNA de criminosos no país. Publicado em: *Globo.com*. Disponível em: [http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2012/05/dilma-sanciona-lei-que-cria-banco-de-dna-de-criminosos-no-pais.html]. Acesso em: 05.11.2014.
12. LOPES, Tatiana. Dilma sanciona lei que cria banco de DNA de criminosos no país. Publicado em: *Globo.com*. Disponível em: [http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2012/05/dilma-sanciona-lei-que-cria-banco-de-dna-de-criminosos-no-pais.html]. Acesso em: 05.11.2014.
13. LOPES, Tatiana. Dilma sanciona lei que cria banco de DNA de criminosos no país. Publicado em: *Globo.com*. Disponível em: [http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2012/05/dilma-sanciona-lei-que-cria-banco-de-dna-de-criminosos-no-pais.html]. Acesso em: 05.11.2014.

A partir de gráficos gerados pelo software (Sistema CODIS), os peritos investigam parte do DNA, buscando regiões e fatores dentro do gene que possam individualizar o perfil do suspeito. Isso tudo é feito a partir de dados estatísticos sobre os perfis de DNA mais ou menos comuns em cada região e, quando cruzam todas as informações disponíveis, é possível a individualização do suspeito.

A prioridade de investigação é para crimes violentos com chance de reincidência, como agressões sexuais, homicídios e roubos a banco. Cada perfil genético é identificado por um código relacionado ao número do processo crime.

Depois de recolhidas, as amostras passam por quatro etapas: i) as amostras recolhidas são analisadas pelos peritos, que buscam algum vestígio de DNA, por exemplo, manchas de sangue em um lençol; ii) o vestígio encontrado é extraído para garantir maior eficiência às análises; iii) os reagentes são preparados para multiplicar as cópias de DNA, tendo a necessidade das amostras "descansar" de um dia para o outro para chegar ao estado adequado; iv) os perfis genéticos são gerados por um sequenciador, que insere os dados em um computador.

Após finalizado todo o processo, os perfis vão para o sistema CODIS até que o perfil genético seja gerado no computador que, somente então, poderá fazer o cruzamento das informações colhidas pelos peritos[14].

Segundo reportagem de Tatiana Lopes[15] existem no Brasil 17 laboratórios para análises genéticas com o sistema CODIS, que passou a ser usado em 2011. Apenas a Polícia Federal centraliza esse cruzamento de dados, o qual não possibilita direcionar o perfil da pessoa, mas leva informações importantes sobre as circunstâncias do crime pela qual a pessoa está respondendo o processo, ou seja, os dados não condenam a pessoa, mas direcionam e apresentam mais dados sobre o crime em análise.

3. Direito Comparado

O Reino Unido foi o primeiro país a fazer uso do exame de DNA para fins forenses-criminais, onde o cientista Alec Jeffreys, em 1985, descobriu a nova

14. LOPES, Tatiana. Dilma sanciona lei que cria banco de DNA de criminosos no país. Publicado em: *Globo.com*. Disponível em: [http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2012/05/dilma-sanciona-lei-que-cria-banco-de-dna-de-criminosos-no-pais.html]. Acesso em: 05.11.2014.

15. LOPES, Tatiana. Dilma sanciona lei que cria banco de DNA de criminosos no país. Publicado em: *Globo.com*. Disponível em: [http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2012/05/dilma-sanciona-lei-que-cria-banco-de-dna-de-criminosos-no-pais.html]. Acesso em: 05.11.2014.

possibilidade de utilização da amostra biológica no âmbito criminal. Atualmente, o Reino Unido tem um dos maiores bancos de perfis genéticos do mundo e uma larga experiência técnica, jurídica e político-criminal[16].

Nos Estados Unidos da América, a tecnologia de análise do DNA para fins criminais foi implantada em 1988. Assim como no Brasil, surgiu divergências cientificas e legais, no entanto, rapidamente (em 1989) criou-se o Comitê do Conselho Nacional de Pesquisa sobre Tecnologia do DNA na Ciência Forense, com o objetivo de explicar melhor o uso dessa prática. No mesmo ano, surgiu a ideia da criação do banco de dados para fins criminais. Em 1991, quinze Estados já promulgavam leis permitindo o uso dessa técnica[17].

A União Europeia possui regulamentação sobre o tema. Em 1991, surgiram discussões na Europa sobre o uso das análises envolvendo DNA para fins criminais. Em 1992, ocorreu uma mudança legislativa no âmbito da União Europeia, com a Recomendação n° 1, do Conselho da Europa, com a finalidade de orientar seus Estados-membros acerca do uso do DNA no âmbito da justiça criminal. Os temas tratados pela referida Recomendação vão desde a coleta das amostras, passando pelo credenciamento de laboratórios, até o armazenamento dos dados genéticos e sua respectiva proteção[18].

Na França, por exemplo, o banco surge em 1994, mas somente em 1998 é que aparece com a finalidade voltada especialmente para a esfera penal. Antes não havia uma definição legislativa a respeito[19].

16. SCHIOCCHET, Taysa (org). *Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal*. Série Pensando o Direito, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012. Disponível em: [http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2013/03/Volume-431.pdf]. Acesso em: 10.08.2014. p. 36.
17. SCHIOCCHET, Taysa (org). *Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal*. Série Pensando o Direito, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012. Disponível em: [http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2013/03/Volume-431.pdf]. Acesso em: 10.08.2014. p. 36.
18. SCHIOCCHET, Taysa (org). *Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal*. Série Pensando o Direito, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012. Disponível em: [http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2013/03/Volume-431.pdf]. Acesso em: 10.08.2014. p. 36.
19. SCHIOCCHET, Taysa (org). *Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal*. Série Pensando o Direito, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012. Disponível em: [http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2013/03/Volume-431.pdf]. Acesso em: 10.08.2014. p. 37.

Na Alemanha, houve a criação do Banco de Dados Genéticos, em abril de 1998. O arquivo alemão é o terceiro maior do mundo, após o britânico e o norte-americano. A sua criação dividiu posições. Para alguns foi vista como algo positivo e benéfico, para outros não. Os primeiros afirmavam que as informações genéticas armazenadas constituíam um eficiente auxílio nas investigações criminais. Por outro lado, o que se considera mais grave é a ameaça de uma justiça preventiva, disposta a armazenar informações pessoais genéticas a fim de dispor de parâmetros de acareação para o esclarecimento de eventual crime.

No Brasil a aprovação da Lei 12.654 de 28 de maio de 2012, que autoriza a coleta de material genético para fins de investigação criminal e regulamenta o banco de perfis genéticos, proporcionou algumas modificações na Lei 12.037/2009, dentre elas a: i) possibilidade de coleta de material biológico para obter o perfil genético do suspeito (art. 5º, parágrafo único da Lei 12.037/2009); ii) armazenamento dos dados em unidade oficial de perícia criminal (art. 5º-A. da Lei 12.037/2009); iii) as informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas (art. 5º-A, § 1º, da Lei 12.037/2009); iv) caráter sigiloso das informações arquivadas no banco de dados (art. 5º-A, §2º, da Lei 12.037/2009); v) exclusão dos perfis genéticos após a prescrição do delito (art. 7º-A. da Lei 12.037/2009).

A Lei 12.652/2012 também alterou a Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal) acrescentando o art. 9º-A, no qual ficou disciplinado que as pessoas condenadas pelo cometimento de crime doloso inseridos no rol da Lei 8.072/90 (Crimes hediondos) serão, obrigatoriamente, submetidas à identificação do perfil genético mediante extração de DNA, por meio técnico adequado e indolor.

O banco de dados contendo os perfis genéticos dos identificados criminalmente tem caráter sigiloso e não poderão armazenar caracteres somáticos ou traços comportamentais das pessoas. Esses traços estão protegidos pelo direito à intimidade e à confidencialidade dos dados genéticos, ou seja, o banco de perfis deve armazenar apenas informações sobre a identidade genética da pessoa, presentes nas moléculas de DNA[20].

Os dados identificadores, quando constatada a coincidência no curso de uma investigação, deverão constar de um laudo firmado por perito oficial (art. 5º-A,

20. MACHADO, Alberto Antônio. *Identificação Criminal pelo DNA*. Disponível em: [http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCIQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.midia.apmp.com.br%2Farquivos%2Fpdf%2Fartigos%2F2012_identificacao.pdf&ei=hiVnVNT5JsmfNsOihJgD&usg=AFQjCNEkUcdzFZH2Ivt5LU5Q3qD0QIyJYA]. Acesso em: 25.10.2014. p. 2.

§§ 2º e 3º) e serão excluídos do banco de perfis assim que terminar o prazo de prescrição do crime, portanto, não se pode estabelecer similaridade entre a identificação criminal pela fotografia ou pela impressão digital, que são meios normais de identificação das pessoas, com a identificação genética pelo DNA, que é medida destinada a apurar a autoria do delito[21].

Portanto, enquanto os indiciados em geral estão obrigados a se submeterem à identificação criminal pelos meios normais (fotografia, impressões digitais e exibição de documentos de identidade), não poderão, no entanto, ser obrigados a fornecer material biológico para exame de DNA, e isto em face do princípio da não autoincriminação, segundo o qual ninguém está obrigado a produzir, nem colaborar com a produção de provas contra si próprio, mais ainda, pelo princípio da ampla defesa, se o indiciado não se dispuser a participar espontaneamente da produção de prova genética, não há como constrangê-lo ao fornecimento de material biológico para exame do próprio DNA.

O art. 9º da Lei 12.654/12 determina que os condenados por crimes dolosos, praticados com violência grave à pessoa, os chamados "crimes hediondos", serão obrigatoriamente submetidos à identificação de seu perfil genético, pelo exame de DNA, cujos dados devem ficar armazenados num banco sigiloso, acessível apenas por ordem judicial, com isso, subentende-se que deverá fornecer, compulsoriamente, o material biológico destinado a esse exame[22]. Trata-se, pois, de norma que estabelece um conflito com o princípio segundo o qual ninguém está obrigado a produzir prova contra si próprio, o princípio também conhecido como *nemo tenetur se detegere*.

4. Da Proibição da Autoincriminação

Primeiramente deve-se fazer o destaque que não há no ordenamento jurídico brasileiro uma previsão expressa do princípio da não autoincriminação. Por essa

21. MACHADO, Alberto Antônio. *Identificação Criminal pelo DNA*. Disponível em: [http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCIQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.midia.apmp.com.br%2Farquivos%2Fpdf%2Fartigos%2F2012_identificacao.pdf&ei=hiVnVNT5JsmfNsOihJgD&usg=AFQjCNEkUcdzFZH2Ivt5LU5Q3qD0QIyJYA]. Acesso em: 25.10.2014. p. 2.

22. MACHADO, Alberto Antônio. *Identificação Criminal pelo DNA*. Disponível em: [http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCIQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.midia.apmp.com.br%2Farquivos%2Fpdf%2Fartigos%2F2012_identificacao.pdf&ei=hiVnVNT5JsmfNsOihJgD&usg=AFQjCNEkUcdzFZH2Ivt5LU5Q3qD0QIyJYA]. Acesso em: 25.10.2014. p. 4.

razão, apesar de existir inúmeros doutrinadores que se referiram a não produção de provas contra si mesmo como um princípio, buscar-se-á evitar esta expressão, pois não se pode afirmar que se trata de um princípio, nem mesmo de uma garantia[23], mas apenas um privilégio e um mecanismo de defesa e de autopreservação.

O Ministro do STF, Celso de Mello, discorre bem sobre a não autoincriminação em decisão monocrática proferida em julgado de sua relatoria em que apreciava a prisão cautelar de um indiciado, no HC 96219/SP, considerou legítimo o direito do indiciado de não cooperar com as investigações, a fim de não produzir provas contra si próprio. Segundo ele[24]:

> "A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a autoincriminação, especialmente aquela exposta a atos de persecução penal. [...] O Estado – que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus como se culpados fossem [...] também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios [...] Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais,

23. Cfr. Jorge Miranda. "Os direitos representam só por sí certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se." (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional – direitos fundamentais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra editora. tomo IV. 1998. p. 88-89.)

24. SILVA, Maíra Saad da. *Análise da Constitucionalidade da Lei nº* 12.654/2012 que Prevê a Coleta de Perfil Genético Como Forma de Identificação Criminal e Dá Outras Providências. Disponível em: [http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Frepositorio.uniceub.br%2Fbitstream%2F235%2F4344%2F1%2FMa%25C3%25ADra%2520Saad%2520da%2520Silva%2520RA%252020810568.pdf&ei=iTJnVJ7VIsSqNoC4gJgI&usg=AFQjCNGcYUONhVypl2w-r574oQeN7Y-u2g]. Acesso em: 05.11.2014.

> para efeito de perícia criminal. [...]O exercício do direito contra a autoincriminação, além de inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legitima, por efeito de sua natureza constitucional."[25]

Ainda conforme demostrado pela Desembargadora Tadaaqui Hirose, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

> "A auto-incriminação não encontra guarida na norma penal brasileira, nem na doutrina, muito menos na jurisprudência, o que legitima a insurgência dos Pacientes contra a determinação da prática de exercício probatório que possa reverter em eventual condenação penal. 2. Através do princípio ‹nemo tenetur se detegere', visa-se proteger qualquer pessoa indiciada ou acusada da prática de delito penal, dos excessos e abusos na persecução penal por parte do Estado, preservando-se, na seara dos direitos fundamentais."[26]

A expressão latina *nemo tenetur se detegere* significa que ninguém é obrigado a produzir prova em seu desfavor, tendo como sua manifestação mais tradicional, o direito ao silêncio, ou seja, significa que qualquer pessoa acusada de prática de um ilícito penal tem o direito ao silêncio (obs.: produzir provas falsas para não ser identificado não é derivação do direito ao silêncio, é crime[27]) e a não produ-

25. BRASIL. STF. *HC 96219/SP*. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo523.htm#transcricao1]. Acesso em: 05.11.2014.

26. BRASIL. TRF 4ª Região. HC 23325. PR. Julgamento: 11/10/2005. Publicado em 19.10.2005. Relator(a): Tadaaqui Hirose. Disponível em: [http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1195289/habeas-corpus-hc-23325]. Acesso em: 05.11.2014.

27. "Habeas Corpus. Penal. Uso de documento falso. Atipicidade. Inocorrência. O fato de o paciente ter apresentado à polícia identidade com sua foto e assinatura, porém com impressão digital de outrem, configura o crime do art. 304 do Código Penal. Havendo adequação entre a conduta e a figura típica concernente ao uso de documento falso, não cabe cogitar de que a atribuição de identidade falsa para esconder antecedentes criminais consubstancia autodefesa. Ordem denegada" (STF; HC 92.763-7; MS; 2º T.; Rel. Min. Eros Grau; Julg. 12.02.2008; DJE 25.04.2008; Pág. 133); "Apresentando-se com falsa identidade responderá o agente pelo crime correspondente, que se consuma de maneira formal e instantânea, inexistindo autodefesa quanto à não veracidade da qualificação pessoal" (TJMS; ACr-Recl 2011.009203-8/0000-00; Campo Grande; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. Carlos Eduardo Contar; DJEMS 13.07.2011; Pág. 35); "Indivíduo que apresenta cédula de identidade falsificada, a fim de não ser identificado porque evadido de presídio, pratica crime de uso de documento falso, não se confundindo com o direito de autodefesa" (TJSP; APL 0041484-98.2007.8.26.0050; Ac. 5170633; São Paulo; Quarta Câmara de Direito Criminal; Rel. Des. Willian Campos; j. 31.05.2011; DJESP 29.06.2011); "O agente que apresenta documento falso à

zir provas em seu desfavor[28], o que pode acarretar a exclusão da prova caso seja produzida forçosamente[29].

O que se presume com esta recusa a falar é que este ato não poderá ser considerado como um delito de desobediência. A consequência aplicada ao fato do

autoridade policial, independentemente do êxito de sua empreitada, não sendo possível invocar-se a autodefesa como causa de absolvição. Independentemente de ter sido solicitado o documento pela autoridade ou se a apresentação foi espontânea, pratica o crime de uso de documento falso o agente que apresenta o documento falso com o intuito de ocultar sua verdadeira identidade. A falsificação que não pode ser percebida de plano pelo homem médio não poderá ser considerada como grosseira" (TJRO; APL 0005936-56.2010.8.22.0005; Rel. Des. Daniel Ribeiro Lagos; j. 18.05.2011; DJE-RO 24.05.2011; Pág. 70); "O dispositivo constitucional insculpido no artigo 5º, inciso LXIII, garante ao preso o direito de permanecer calado como exercício de autodefesa, e não o direito de usar documento falso a fim de se furtar à sua correta identificação" (TJ-DF; Rec. 2010.01.1.101805-6; Ac. 493.912; Primeira Turma Criminal; Rel. Des. Romão C. Oliveira; DJDFTE 13.04.2011; Pág. 386); "Não caracteriza exercício de autodefesa consagrada no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, mas sim a prática delitiva tipificada no artigo 304 do CP, a atitude do acusado que, embora foragido da justiça, ao ser abordo por policiais, dirigindo carro roubado, apresenta-lhes Carteira Nacional de Habilitação falsificada" (TJGO; ACr 467952-34.2009.8.09.0051; Goiânia; Rel. Des. José Lenar de Melo Bandeira; DJGO 16.03.2011; Pág. 272).

28. "Habeas Corpus. Crime de desobediência. Recusa a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para exames periciais, visando a instruir procedimento investigatório do crime de falsificação de documento. *Nemo tenetur se detegere*. Diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa." (HC 77135, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, 1ª T., j. 08/09/1998, DJ 06.11.1998 PP-00003 EMENT VOL-01930-01 PP-00170).

29. "O privilégio contra auto-incriminação – nemo tenetur se detegere -, erigido em garantia fundamental pela Constituição – além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C. Pr. Pen. [obs.: refere-se à redação anterior à Lei 10.792/2003 que alterou o artigo 186 do Código de Processo Penal] –importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência – e da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em 'conversa informal' gravada, clandestinamente ou não" (STF – HC 80.949/RJ – 1ª T. – rel. Min. Sepúlveda da Pertence – j. 30.10.2001).

investigado se recusar a falar no interrogatório, deve ser a mesmo quando a pessoa se nega a fornecer material para exames periciais, como exame de sangue, ou exame de DNA, pois, em sendo um corolário constitucional a presunção de inocência, passa-se a obrigação de provar o alegado à acusação.

A atividade investigativa atribuída para identificar a pessoa pode abranger a extração de sangue, inspeção nas cavidades corporais (*v.g.* coleta de saliva), exames de raio-X, entre outros, que implicam em restrições ao direito à integridade física da pessoa, sobretudo quando não há o consentimento. Por isso devem ser rejeitadas todas as medidas utilizadas para realizar a coleta com a finalidade investigativa primária, ou seja, nos casos em que não existe um suspeito, passasse a fazer a coleta de amostras para realizar uma comparação. Destaca-se ainda que as medidas que tragam qualquer risco e/ou desconforto ao corpo humano, ou que coloque o acusado em situação vexatória que contrarie as normas constitucionais fundamentais (dignidade humana), também deverá ser repudiada, para evitar constrangimento e estigmatização.

O direito à integridade física não barra os procedimentos interventivos no corpo humano para fins criminais, no entanto, deve ficar claro que, tais amostras somente poderão ser retiradas diretamente de uma pessoa para fins de identificação, conforme dispõem o ordenamento pátrio.

Expõe-se que o objetivo primordial do corolário doutrinário do *nemo tenetur se detegere* é a proteção dos direitos do acusado quando da produção de provas, evitando-se assim que haja violação de direitos como o do silêncio, da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade corporal e da honra, uma vez que "o réu não pode ser compelido a produzir ou contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse"[30].

5. Intervenções Corporais

A colheita de provas no processo penal tem por objetivo esclarecer os fatos com a maior precisão possível, para se alcançar uma certeza processual, mas jamais a verdade real dos fatos, pois esta é inalcançável[31], nem mesmo com provas

30. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 7. Editora Belo Horizonte: Del Rey editora, 2007. p. 27

31. Cfr. Michele Taruffo. "La hipótesis de fondo es que la decisión judicial puede, (...) basarse en una reconstrucción verdadera de los hechos de la causa. Así identificado el objetivo de la determinación de los hechos, resulta evidente que con el término <prueba> se hace referencia sintetizadamente al conjunto de los elementos, de los procedimientos y de los razonamientos por medio de los cuales aquella reconstrución es elaborada,

genéticas por meio de exames de DNA são 100% seguros[32], portanto, afirmar que a realização de exames corporais seria a solução de todos os processos criminais, trata-se de mais uma utopia mundial.

Em outras palavras, a verdade real sobre os fatos não será verificada em sua totalidade, podendo-se apenas atingir o seu conhecimento parcial[33], minimalista e imperfeita[34].

Não há justiça sem garantias, porque o respeito a elas é essencial para manter a segurança e a ordem jurídica, e quando se tratar de intervenções corporais, deve-se levar em consideração os princípios e direitos constitucionais que podem afetar a validade da prova, pois elas não são suficientes para afirmar que uma pessoa é responsável pelos fatos em discussão, ainda restará ao magistrado a utilização da racionalidade[35] para montar o "quebra cabeça" processual para somente então proferir uma condenação ou uma absolvição.

Quando a polícia pratica as intervenções corporais que estão ao seu alcance, o faz sem qualquer cuidado em relação à prévia autorização judicial e sem nenhum respeito à intimidade do suspeito[36]. As buscas pessoais são realizadas normal-

---

verificada y confirmada como <verdadera>. Se recupera así, aunque en un nível distinto de conocimiento epistemológico, el nexo instrumental entre prueba y verdad de los hechos que está en la base de la concepción jurídica tradicional de la prueba."(In *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Editorial Trotta. 2005. Pag. 84.)

32. SCHIOCCHET, Taysa. A regulamentação da base de dados genéticos para fins de persecução criminal no Brasil: reflexões acerca do uso forense do DNA. *Revista do Núcleo de Estudos Jurídicos – Eletrônica*. Vol. 18. N.º 3. set-dez 2013. p. 518-529. Disponível em: [http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/5137/2697]. Acesso em: 02.01.2015.

33. TARUFFO, Michele. *Verità e probabilità nella prova dei fatti*. Revista de Processo. Vol. 154. Dez/2007. Revista dos Tribunais Online. p. 2. Disponível em: [https://www.academia.edu/4518682/VERITA_E_PROBABILITA_NELLA_PROVA_DEI_FATTI]. Acesso em: 13.03.2014.

34. LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista* – 3ª. ed. rev. atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 267.

35. Nas palavras de Michele Taruffo, "la prova giudiziaria svolge uma funzione dimonstrativa in quanto fornisce un fondamento conoscitivo e razionale per la scelta che il giudice compie individuando uma versione attendibile e veritiera dei fatti rilevanti della causa, e giustificando razionalmente tal scelta" (Funzione della prova: la funzione dimostrativa. *Rivista di diritto processuale*, 1997. Pág. 573).

36. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 7. Editora Belo Horizonte: Del Rey editora, 2007. p. 243.

mente: a domiciliar é amparada sempre em duvidosa autorização do morador; a exalação de ar é feita sem contestação; enfim, o que está ao alcance da polícia, ela o faz sem mandado judicial e, normalmente, os interessados nada alegam em sua defesa e, quando o fazem, não raro, encontram a indiferença dos tribunais, nas vezes em que se insurgem contra a submissão a exames e intervenções corporais, alega-se ofensa a uma série de direitos fundamentais de status constitucional, como a liberdade, a integridade física e a proscrição de tratamento desumano ou degradante, a intimidade corpora, a dignidade da pessoa humana e o direito de permanecer calado[37].

Para Figueiredo Dias "as soluções legais em matéria de silêncio e de cessação do dever de colaboração explicam-se perfeitamente pela oposição que assim se quer fazer à velha e odiosa ideia inquisitória, segundo a qual o arguido, enquanto meio de prova, poderia ser obrigado – inclusivamente através de meios de coação física e psíquica, sem excluir a própria tortura – à prestação de declarações que o incriminassem."[38]

Destaca-se que a afronta a vários princípios e garantias constitucionais, e a preocupação com a criação de novas técnicas periciais, não são os principais pontos dos debates, mas sim a efetividade das políticas públicas de investigação, bem como a possibilidade de falhas nas manipulações do exame de DNA. Apesar de ser imensa falha dos operadores do Direito aceitarem a ponderação de princípios constitucionais, verifica-se que tudo no Brasil é realizado conforme a vontade de quem está no poder, tratando a Constituição Federal como mera folha de papel[39] e realizando ponderações desmensuradas[40].

---

37. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 7. Editora Belo Horizonte: Del Rey editora, 2007. p. 243.

38. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora Ltda. 1971. Vol. 1, p. 450.

39. LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição Política*. Tradução: Manoel Soares. Global Editora: São Paulo, 1987. p. 19.

40. Cfr. Gilmar Ferreira Mendes: "(...) essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geegnetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*)." (Gilmar Ferreira Mendes. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade – estudos de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor. 1999. p. 43.)

6. Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG)

A rede integrada de bancos de perfis genéticos (RIBPG), foi instituída pelo Decreto 7950/2013-MJ, de 12 de março de 2013, e possui a finalidade de manter, compartilhar e comparar perfis genéticos, de forma a auxiliar na apuração criminal e/ou na instrução processual. Desse modo, os perfis genéticos armazenados nos bancos de dados são confrontados em busca de coincidências que permitam relacionar suspeitos a locais de crime. Os perfis genéticos da rede integrada de bancos de perfis genéticos são regularmente enviados ao Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG), pelo qual é possível realizar confrontos entre os mais diversos perfis gerados pelos laboratórios de genética forense que integram a RIBPG, bem como perfis encaminhados pela Interpol, o que auxilia ainda mais pela abrangência internacional que os perfis genéticos alcançam.

Os perfis genéticos cadastrados obrigatoriamente, conforme anteriormente abordado, são nos casos de condenados por crimes hediondos, ou por crime doloso e violento conta a pessoa, e também são cadastrados aqueles determinados por meio de autorização judicial. Importante ressaltar a relevância do cadastramento desses perfis, visto que uma vez cadastrados e comparados, irão auxiliar na elucidação de crimes, na verificação de eventuais reincidências, na diminuição da impunidade, e evitar condenação equivocadas.

O VIII relatório da rede integrada de bancos de perfis genéticos (RIBPG), abrange os dados estatísticos e resultados relativos até a data de 28 de maio de 2018, e nele constam informações estatísticas importantes sobre o crescimento dos bancos, bem como dados sobre a sua efetiva utilização e colaboração para a identificação de criminosos.

Até o dia 28 de maio de 2018, verificou-se que 20 laboratórios são membros da RIBPG, sendo 18 laboratórios estaduais, 1 laboratório distrital e 1 laboratório da Polícia Federal. Além desses laboratórios, três estados apresentam laboratório de genética forense em pleno funcionamento e que estão em processo de integração à RIBPG.

No que tange ao número de perfis genéticos, o relatório demonstra que houve um crescimento do número total de perfis genéticos no BNPG, relatório VIII constam 13.197 perfis, enquanto no relatório anterior (relatório VII, de novembro de 2017) eram 10.769 amostras. O último relatório quando comparado com o primeiro, referente a novembro de 2014, demonstra de forma mais impactante o crescimento do banco de dados, visto que houve um aumento de 10.613 perfis.

Quanto as coincidências confirmadas, até o dia 28 de maio de 2018, a RIPBG apresentou ao poder público 511 coincidências confirmadas, sendo 427 entre

vestígios e 84 entre vestígio e indivíduo identificado criminalmente. A taxa de coincidência encontradas na RIBPG dividido pelo total de perfis genéticos cadastrados no BNPG é de 7,51% no relatório VIII, o que quando comparada com os demais relatórios demonstra uma melhora, mas ainda assim, a porcentagem quando comparada com outros países é de fato baixa.

Em relação a natureza dos crimes cometidos, os perfis oriundos de vestígios coletados em crimes sexuais correspondem à maior contribuição quantitativa, sendo de 56%, em seguida os crimes contra o patrimônio com a estimativa de 19%, e por último os crimes contra a vida, com 10%.

A Perita Criminal Mariana Flávia da Mota, de Goiás, relata um caso de sucesso nas investigações criminais, onde em razão da coincidência entre vestígios foi possível identificar o autor de diversos estupros, segundo ela:

> "Em fevereiro deste ano, após a inserção do perfil genético masculino obtido a partir de amostras coletadas de duas vítimas de estupro da cidade de Goiânia/GO, foram detectadas pelo Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) coincidências com três vítimas de estupro de Manaus/AM e uma vítima de Cuiabá/MT. Analisando o histórico dos casos, verificou-se tratar de um criminoso em série. De acordo com os dados levantados entre os laboratórios envolvidos, nos meses de março, abril e agosto de 2012, três vítimas foram estupradas na cidade de Manaus. Houve inclusão do suspeito encaminhado à época, que foi preso por estes crimes. Mas em dezembro de 2012 o indivíduo fugiu e cometeu um estupro em março de 2015 em Cuiabá, sendo encaminhado como suspeito, porém apresentando outro nome, e também houve inclusão. Finalmente, em maio de 2015, duas vítimas foram estupradas em Goiânia e nenhum suspeito foi apresentado. Interessante ressaltar que todas as vítimas descreveram o agressor com características físicas e modus operandi bastante semelhantes. Em fevereiro do corrente ano, ao inserir o perfil masculino obtido dessas vítimas no Banco de Perfis Genéticos do Estado de Goiás e encaminhar ao BNPG, foi detectada coincidência com o perfil masculino obtido das três vítimas de Manaus e da vítima de Cuiabá, ou seja, as seis vítimas, dos três Estados, foram estupradas pelo mesmo indivíduo. Esse auxílio dado à investigação criminal dificilmente seria possível sem a utilização de um Banco de Perfis Genéticos."[41]

41. SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL. VIII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG). Publicado em Junho de 2018. Disponível em: [https://aspecgo.com.br/wp-content/uploads/2018/09/VIII-RELAT%C3%93RIO-DA-REDE-INTEGRADA-DE-BANCOS-DE-PERFIS-GEN%C3%89TICOS-RIBPG-final.pdf]. Acesso em: 14.09.2018.

Desse modo, o relatório demonstra a funcionalidade dos bancos de perfis genéticos, e traz os bancos genéticos como uma valiosa ferramenta de investigação criminal e no auxílio ao judiciário, que tem-se tornado imprescindível para uma identificação criminal precisa e consequentemente para uma correta condenação.

7. Análise de Caso

O tema abordado no presente artigo se faz de extrema relevância jurídica, e apesar da possibilidade de coleta de perfil genético como meio de identificação criminal ter sido inserida na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) no ano de 2012, com a inclusão pela Lei 12.654 do art. 9º-A, tal matéria ainda é polêmica e traz entendimentos divergentes quanto a sua constitucionalidade e legalidade.

Dessa maneira, encontramos alguns julgados sobre o presente tema, e assim, a análise de um deles se faz necessária para uma melhor compreensão do tema abordado e também para observar os pontos controversos e as respectivas alegações dadas tanto pelos que defendem a coleta de DNA, quanto dos que alegam a sua inconstitucionalidade.

A decisão em análise foi proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no *Habeas Corpus* 407.627 – MG (2017/0167688-6), no dia 17 de julho de 2017, pela Ministra Relatora, Laurita Vaz. O *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, foi interposto em favor de Igor Alessandro de Sena Costa em face de acórdão da 7.ª Turma do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, nos autos do agravo em execução n.º 1.0024.09.492912-2/005, denegou a ordem.

O recorrente opõe-se a permissão da prova de coleta de material genético, aduzindo que tal feito viola à garantia constitucional da não autoincriminação, onde dispõe que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, de forma que o recorrente não poderia ser compelido, nem mesmo por autoridade, a fornecer involuntariamente seu material genético.

Aduz ainda, que foi reconhecida a repercussão geral da matéria no RE 973837/MG pelo senhor Ministro Gilmar Mendes, não sendo dessa forma ponderado determinar a coleta compulsória do material genético até que tal questão seja apreciada definitivamente pelo Supremo Tribunal Federal. Ainda, liminarmente, e no mérito, pede que seja concedida a ordem de *habeas corpus*, ainda que de ofício, para que seja determinado o não cumprimento do acórdão proferido pela autoridade coatora até a decisão do STF.

A Ministra, Laurita Vaz, indeferiu o pedido liminar, em razão de em seu entendimento, e em consonância com julgados do Supremo Tribunal Federal, por ser inadequado a impetração de *habeas corpus* contra ato decisório do Tribunal *a quo* impugnável pela via do recurso especial, desse modo não foi configurado o *fumus boni iuris* e a medida urgente foi indeferida.

Em um momento posterior, mais precisamente no dia 25 de Abril de 2018, o Ministro Felix Fischer, como Relator, proferiu sua decisão, inicialmente o paciente foi condenado à pena de 13 anos de reclusão, pela prática do crime tipificado no art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal.

Diante de sua condenação, o Ministério Público requereu o encaminhamento do paciente ao Instituto Médico Legal, para que o mesmo fornecesse seu material genético para constar em banco de dados de identificação por perfil genético, conforme o previsto no art. 9º-A da Lei 7.210/84, entretanto, tal requerimento foi indeferido pelo Juízo da Execução, em decisão proferida em 19 de março de 2014.

Inconformado com a decisão, o Ministério Público interpôs agravo em execução, com o intuito de que a decisão fosse reformada, e a coleta do material biológico do paciente fosse concedida. O egrégio Tribunal de origem deu provimento ao recurso, por entender que tal coleta não viola o princípio da presunção de inocência ou o de não autoincriminação, pelo fato de já ter reconhecida a culpabilidade do agente, em decisão transitada em julgado.

Em outra linha de entendimento, a defesa afirma que a coleta de material genético viola a garantia constitucional da não autoincriminação, e que o assunto em questão é controverso não apenas no aspecto jurídico, mas também sob ótica dos aspectos ético e científico.

Requereu ainda, conforme já mencionado anteriormente, que o *habeas corpus* fosse concedido, ainda que de ofício, para que fosse determinado o não cumprimento do acórdão proferido pela autoridade coatora até que o Supremo Tribunal Federal se pronuncie sobre a inconstitucionalidade do art. 9°-A da Lei 7.210/84. Todavia, conforme já relatado, o pedido liminar foi indeferido.

O Ministério Público Federal, manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus*, fundamentado seu posicionamento no fato do paciente ter condenação transitada em julgado.

Por fim, a decisão do Superior Tribunal de Justiça foi de não reconhecer o *habeas corpus*, em razão de não ter restado demonstrada a ilegalidade apontada pelo recorrente, o próprio STJ, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0024.07.521170-6/005 afirmou a constitucionalidade do art. 9° da Lei 7.210/84.

A fundamentação da decisão se deu nas alegações de que a coleta de perfil genético como meio de identificação criminal apresenta um avanço cientifico e que a segurança na identificação das pessoas não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, LVII, da Constituição Federal, pelo fato de já ter sido reconhecida a culpabilidade do acusado em decisão transitada em julgado. Isto posto, o material biológico não tem por finalidade a produção de prova, mas sim a composição de banco de dados, nos termos legais.

Apesar do reconhecimento da repercussão geral do tema pelo Supremo Tribunal de Justiça, não houve ordem de suspensão de processos que versam sobre o tema, inexistindo qualquer outro óbice à aplicação dos referidos dispositivos legais, razão pela qual o *habeas corpus* foi indeferido, e o artigo em debate foi considerado constitucional.

Percebe-se, portanto, que a norma abordada, que determina que os condenados definitivamente por crimes cometidos com violência grave ou por crimes hediondos deverão ser submetidos, compulsoriamente, à identificação do material biológico, por técnica adequada e indolor, apesar de ter sido considerada constitucional ainda gera uma discussão de relevância jurídica e social, visto que a inclusão e manutenção de perfil genético de condenados em banco de dados estatal não é aceita, de forma unânime, como compatível com direitos da personalidade e prerrogativas processuais, garantidos constitucionalmente.

Ainda, encontramos decisões de Tribunais de Justiça afastando a aplicação da lei em questão, o que torna ainda mais questionável a coleta de perfil genético como meio de identificação criminal.

8. Conclusão

O exame de DNA não determina a autoria do delito, apenas liga uma prova ao acusado, no entanto, ele pode fornecer uma prova tão vigorosa que dificilmente a vinculação do acusado ao crime será mera coincidência, porém, jamais trará a verdade dos fatos, mas apenas, conforme Michele Taruffo, um juízo de certeza.

No entanto se faz necessário alguns cuidados antes de admitir a coleta de dados genéticos e biológicos, sendo eles: i) melhoria nas investigações; ii) a ausência de afronta a princípios constitucionais; iii) a não utilização de instrumentos invasivos para a coleta de material biológico; iv) a eficiência do exame de DNA para prova de inocência; v) maior segurança pública, a diminuição na quantidade de erros judiciários e consequentemente maior efetividade para o sistema judiciário brasileiro.

Uma lei que estipule tamanha mudança na forma de investigação e identificação criminal deveria vir acompanhada de estudos aprofundados sobre o assunto, sendo ela consubstanciada: i) por meio de estudos de caso; ii) análises de constitucionalidade em relação ao mérito; iii) das formas de como colocar esses novos procedimentos em prática; iv) dos benefícios e dos prejuízos por eles trazidos, v) da segurança e da garantia que deve envolver os materiais coletados; dentre outros.

Tudo isso para que não se tenha mais uma lei sem utilidade prática e que não satisfaça às necessidades, ou pior, que agrida os direitos dos cidadãos e os princípios ditados pela Constituição Federal brasileira. A coleta de material biológico, a análise do DNA do indivíduo e o armazenamento de dados genéticos pelo Estado, são providências severas de controle estatal que ameaçam radicalmente a privacidade das pessoas e ainda podem ter o efeito de revolver as ideias positivistas do médico italiano, Cesare Lombroso, que no século XIX acreditava ser possível definir os caracteres morfológicos e comportamentais dos "criminosos natos", naturalmente propensos à prática de crimes.

A Lei 12.654/2012, em seu texto permitiu a extração de material biológico a qualquer tipo de investigação criminal, desde que seja essencial. Deve-se levar em consideração que as medidas interventivas podem causar degeneração dos princípios fundamentais, sendo necessário que a lei definidora dos eventos passíveis da ocorrência de identificação pelo DNA sejam feitas com a devida autorização judicial e após uma fundamentação, não cabendo à ele a mera discricionariedade em autorizar ou não a coleta dos dados.

Realizando uma fundamentação que justifique a aplicação da medida, como um meio de se evitar desvios de finalidade da medida e restringir excessos, principalmente em sociedades atemorizadas pela violência como é o caso da sociedade brasileira, que desenvolve o ódio e o desejo de vingança contra os criminosos, mas não discute as causas da criminalidade, poderá ser útil essa evolução biotecnológica para a apuração das provas criminais. No entanto se deve evitar o uso do exame de DNA na investigação criminal em todo e qualquer caso como primeira ferramenta investigativa, bem como, para provocar a etiquetação do acusado em decorrência, principalmente das origens socioeconômicas do suspeito.

Sendo assim e com respeito às normas constitucionais, tem-se que os avanços tecnológicos podem auxiliar na solução dos processos criminais, no entanto, devem ser evitados enquanto não estiver bem desenvolvido e respondidas todas as dúvidas e implicações sobre o procedimento a ser aplicado.

Referências

BELLIVIER, F.; NOIVILLE, C. *Contrats et vivant: le droit de la circulation des ressources biologiques*. Paris: LGDJ, 2006.

BELLIVIER, F.; NOIVILLE, C. *Les biobanques*. Paris: PUF, 2009.

BONACCORSO, Norma Sueli. Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de bancos de dados criminais de DNA no Brasil. São Paulo, 2010. Tese de Doutorado – Faculdade de direito. Universidade de São Paulo. Disponível em: [http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-04102010-141930/pt-br.php]. Acesso em: 10.08.2014.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora Ltda. 1971.

Instituto Geral de Perícias (IGP). Divisão de Genética Forense do Rio Grande do Sul. Disponível em: [http://www.igp.rs.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=25&Itemid=38]. Acesso em: 05.11.2014.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição Política*. Tradução: Manoel Soares. Global Editora: São Paulo, 1987.

LOMBROSO, Cesare, 1885-1909. *O Homem Delinqüente*; tradução Sebastião José Roque. 1ª reimpressão. Col. Fundamentos do Direito. São Paulo: Icone, 2007.

LOPES, Tatiana. Dilma sanciona lei que cria banco de DNA de criminosos no país. Publicado em: *Globo.com*. Disponível em: [http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2012/05/dilma-sanciona-lei-que-cria-banco-de-dna-de-criminosos-no-pais.html]. Acesso em: 05.11.2014.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista* – 3ª. ed. rev. atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

MACHADO, Alberto Antônio. *Identificação Criminal pelo DNA*. Disponível em: [http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCIQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.midia.apmp.com.br%2Farquivos%2Fpdf%2Fartigos%2F2012_identificacao.pdf&ei=hiVnVNT5JsmfNsOihJgD&usg=AFQjCNEkUcdzFZH2Ivt5LU5Q3qD0QIyJYA]. Acesso em: 25.10.2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade – estudos de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor. 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional – direitos fundamentais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra editora. tomo IV. 1998

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 7. Editora Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007. p. 27.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

SCHIOCCHET, Taysa. A regulamentação da base de dados genéticos para fins de persecução criminal no Brasil: reflexões acerca do uso forense do DNA. *Revista do Núcleo de Estudos Jurídicos – Eletrônica*. Vol. 18. N.º 3. set-dez 2013. p. 518-529. Disponível em: [http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/5137/2697]. Acesso em: 02.01.2015.

SCHIOCCHET, Taysa (org). *Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal*. Série Pensando o Direito, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012. Disponível em: [http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2013/03/Volume-431.pdf]. Acesso em: 10.08.2014.

SILVA, Maíra Saad da. *Análise da constitucionalidade da Lei nº 12.654/2012 que prevê a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal e dá outras providências*. Disponível em: [http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Frepositorio.uniceub.br%2Fbitstream%2F235%2F4344%2F1%2FMa%25C3%25ADra%2520Saad%2520da%2520Silva%2520RA%252020810568.pdf&ei=iTJnVJ-7VIsSqNoC4gJgI&usg=AFQjCNGcYUONhVypl2w-r574oQeN7Y-u2g].Acesso em: 05.11.2014.

SILVA, Maíra Saad da. *A regulamentação da base de dados genéticos para fins de persecução criminal no Brasil: reflexões acerca do uso forense do DNA*. Disponível em: [http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5137]. Acesso em: 10.08.2014.

TARUFFO, Michele. Funzione della prova: la funzione dimostrativa. *Rivista di diritto processuale*, 1997.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Editorial Trotta. 2005.

TARUFFO, Michele. *Verità e probabilità nella prova dei fatti*. Revista de Processo. Vol. 154. Dez/2007. Revista dos Tribunais Online. p. 2. Disponível em: [https://www.academia.edu/4518682/VERITA_E_PROBABILITA_NELLA_PROVA_DEI_FATTI]. Acesso em: 13.03.2014.

WALSH, S. J BUCKLETON, J. DNA intelligence databses. In: BUCKLETON, J.; TRIGGS, C. M; WALSH, S. J. *Forensic DNA evidence interpretation*. New York: CRC, 2005. p. 446-76.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais, de Sergio Fernando Moro – *RT* 853/429-441 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 3/1303--1320 (DTR\2006\701);
- La prueba de ADN en el proceso penal, de Selena Tierno Barrios – *RIDP* 9/269-284 (DTR\2019\35285); e
- Novas tecnologias e antigos clamores punitivos na justiça criminal: considerações em busca de critérios para a utilização de exames genéticos no processo penal, de Vinicius Gomes de Vasconcellos – *RBCCrim* 110/329-366 (DTR\2014\18446).

Veja também Jurisprudência

- *RT* 902/603 (JRP\2010\10047); e
- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2019\451949, JRP\2018\119741 e JRP\2018\204981.

Diagnóstico sobre o uso das interceptações telefônicas no Brasil: uma análise quantitativa e comparativa dos dados até 2018

Diagnosis on the use of telephone interceptions in Brazil: a quantitative and comparative analysis of the data until 2018

Antonio Eduardo Ramires Santoro

Pós-Doutor em Direito Penal e Garantias Constitucionais pela Universidad Nacional da La Matanza na Argentina. Pós-Doutorando em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Filosofia pela UFRJ. Mestre em Direito pela Universidade de Granada/Espanha. Professor Titular do IBMEC/RJ. Professor Adjunto de Direito Processual Penal do PPGD/UFRJ. Professor Adjunto do PPGD/UCP. Advogado.
antonio.santoro@ucp.br

Natália Lucero Frias Tavares

Mestra do PPGD/UCP. Especialista em Criminologia, Direito Penal e Processo Penal pela UCAM (2014). Professora da FND/UFRJ. Advogada.
natalialuceroadv@gmail.com

Recebido em: 29.01.2019
Aprovado em: 13.03.2019
Última versão dos autores: 02.04.2019

Áreas do Direito: Penal; Processual; Constitucional

Resumo: No ano de 2007 foi instalada a CPI dos Grampos, cujo objetivo era investigar o abuso e as ilegalidades nas interceptações telefônicas no Brasil. Durante os trabalhos da Comissão, o CNJ editou a Resolução n. 59/2008 regulamentando a atividade da interceptação, bem como criou o Sistema Nacional de Controle de Interceptação Telefônica. O Relatório da CPI foi aprovado em maio de 2009 apontando diversas dificuldades de estabelecer um controle sobre a medida.

Abstract: In 2007, the Parliamentary Commission of Wiretap was installed, whose objective was to investigate abuse and illegalities in telephone interceptions in Brazil. During the work of the Commission, the CNJ issued Resolution n. 59/2008 regulating the interception activity, as well as creating the National Telephone Interception Control System. Approving the CPI Report in May 2009 pointed out several difficulties to establish a control over the wiretap, the

O problema que se pretende enfrentar neste trabalho é se os mecanismos criados são suficientes para se realizar um diagnóstico do uso da interceptação telefônica no Brasil. Para enfrentar esse problema foi desenvolvida uma pesquisa quantitativa e comparativa a partir dos dados colhidos de fontes documentais junto aos órgãos oficiais do Brasil e nos Estados Unidos.

Palavras-chave: Interceptação telefônica – Interceptação de dados – Sistema Nacional de Controle de Interceptações Telefônicas – Meios de obtenção de prova.

problem that is intended to be faced in this work is if the mechanisms created are sufficient to make a diagnosis of the use of telephone interception in Brazil. In order to address this problem, a quantitative and comparative research was developed based on the data collected from documentary sources with official offices in Brazil and the United States.

Keywords: Telephone interception – Data interception – National System of Control of Telephone Interceptions – Means of obtaining evidence.

Sumário: 1. Introdução. 2. A atividade investigativa da CPI dos Grampos e as providências do CNJ. 3. A coleta de dados da pesquisa. 4. Análise quantitativa e comparativa dos dados obtidos na pesquisa. 4.1. Análise das interceptações por Tribunal. 4.2. Análise comparativa entre a quantidade de interceptações e a população dos estados. 4.3. Análise comparativa entre a quantidade de interceptações e a quantidade de processos por tribunal. 4.4. Análise comparativa com os dados sobre interceptações nas Cortes dos Estados Unidos. 5. Conclusões. 6. Referências.

1. Introdução

A Constituição de 1988 em seu artigo 5º, inciso XII, estabeleceu o direito à inviolabilidade das comunicações. De acordo com o texto constitucional, "as correspondências e as comunicações telegráficas, de dados e telefônicas" só podem ser relativizados no último caso, por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecesse.

Em 30 de junho de 1995, o Presidente da República Fernando Henrique Cardoso enviou a Mensagem n. 724, encaminhando à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 1.156, de autoria do então Ministro da Justiça Nelson Jobim, em substituição ao Projeto de Lei 4.901/95, encaminhado anteriormente pela Mensagem n. 1.273/94.

Segundo a Exposição de Motivos encaminhada por Nelson Jobim a Fernando Henrique Cardoso, o Supremo Tribunal Federal já havia decidido no julgamento do *Habeas Corpus* n. 69.912 que a autorização para realizar o afastamento do sigilo das comunicações "depende de regulamentação", o que "torna urgente a edição de lei ordinária, a fim de aparelharem-se a Polícia e a Justiça para combate à criminalidade

mais grave, de alta incidência, nos dias atuais"[1], razão pela qual foi pedido regime de urgência na tramitação, na forma do § 1º do art. 64 da Constituição.

O referido projeto tramitou na Câmara dos Deputados, onde sofreu alterações, seguiu para o Senado, onde recebeu emendas, e voltou para a Câmara. Após novas alterações, o Projeto foi aprovado e transformado na Lei Ordinária 9.296, que entrou em vigor na data de sua publicação em 25 de julho de 1996 e até hoje é a norma legal que regula a interceptação das comunicações telefônicas e de dados no Brasil.

A interceptação telefônica como meio de obtenção de prova, tornou-se a principal forma de coleta de informações que instruíram grandes processos criminais, protagonizou notícias nos grandes veículos de comunicação do país, com transcrições e conversas ouvidas em horários nobres dos jornais televisivos.

Após onze anos de sua massiva utilização, uma matéria jornalística da Revista Veja, edição 2072, n. 33, de 22 de agosto de 2007[2], utilizando as chamadas "escutas telefônicas clandestinas" e "a sombra do estado policial", expôs relatos de Ministros do Supremo Tribunal Federal que estariam suspeitando de que estavam tendo suas ligações telefônicas ilegalmente monitoradas.

Isso motivou um requerimento de Comissão Parlamentar de Inquérito no dia seguinte à veiculação da matéria e aprovado no dia 22 de outubro de 2007. A CPI, autodenominada CPIESCUT, que ficou conhecida como CPI dos Grampos, teve a primeira reunião em 19 de dezembro de 2007 e realizou reuniões semanais, com paralisação nos recessos, até abril de 2009.

A CPI apurou diversos casos de uso ilegal ou abuso da interceptação telefônica e de dados. Entre os efeitos dos trabalhos da CPI estão a edição da Resolução n. 59/2008 e a criação do Sistema Nacional de Controle das Interceptações Telefônicas, ambas pelo CNJ, com o objetivo de permitir um maior controle sobre esse meio de obtenção de prova.

1. Vide a Exposição de Motivos no procedimento de tramitação do Projeto de Lei 1.156/95 integralmente digitalizado, disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4C5E35F730FB6B9CF106641707E5A8BE.proposicoesWebExterno2?codteor=1133285&filename=Dossie+-PL+1156/1995]. Acessado em: 24.01.2019.
2. BRASIL. Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito que investigou as escutas clandestinas/ilegais de 12 de maio de 2009. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpiescut/relatorio-final-aprovado/Relatorio-Final-Versao-Final.pdf]. Acesso em: 21.12.2017, doravante denominado simplesmente Relatório, p. 389-390.

Os problemas que se colocam são: quase uma década após a aprovação do Relatório Final da CPI dos Grampos, é possível a partir dos mecanismos de controle das interceptações telefônicas e de dados criados realizar um diagnóstico da sua utilização no Brasil? Houve um aumento ou uma diminuição da sua utilização a partir da identificação de abusos e ilegalidades pela CPI dos Grampos?

A hipótese com a qual se trabalhou a pesquisa é de que não é possível ainda realizar um diagnóstico sobre a utilização da interceptação telefônica no Brasil e que apesar do controle houve um aumento da sua utilização como meio de obtenção de prova nas investigações e instruções criminais.

A pesquisa tem o objetivo geral de descrever de forma detalhada a utilização da interceptação telefônica no Brasil e, portanto, é metodologicamente uma pesquisa essencialmente descritiva, cuja abordagem, primordialmente quantitativa, será precedida de uma breve análise qualitativa do Relatório Final da CPI dos Grampos, para que se permita compreender como e porque os mecanismos de controle das interceptações telefônicas e de dados foram criados.

Os objetivos específicos da pesquisa são: identificar a utilização da interceptação das comunicações feitas por telefones e por dados, organizar os dados de forma a identificar a utilização da interceptação por tribunal e por ano, realizar uma comparação entre o uso da interceptação com a população do estado, a quantidade de processos novos e em andamento, bem como a população prisional cumprindo pena e em prisão provisória.

A análise quantitativa e comparativa será realizada sobre os dados coletados em pesquisa de fonte documental sobre a interceptação telefônica diretamente na Corregedoria do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, onde também se obteve os relatórios sobre a "Justiça em Números", sobre a população brasileira de acordo com os documentos do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e sobre as informações a respeito de interceptações divulgadas oficialmente pelas Cortes dos Estados Unidos.

2. A atividade investigativa da CPI dos Grampos e as providências do CNJ

A CPI se desenvolveu até 05 de maio de 2009, quando foi votado o Relatório Final. Foram 102 audiências públicas com a tomada de quase 100 depoimentos[3].

3. Entre os depoentes estavam alguns juristas, como Juarez Tavarez, Cezar Roberto Bitencourt e Ada Pellegrini Grinover, que republicaria *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

De início foram apontados os principais problemas encontrados pela CPI no que se referia à interceptação telefônica, que foram organizados em dois: as "escutas legais (autorizadas)" e as "escutas ilegais".

Cabe começar pelo cenário encontrado pela CPI no que respeita às escutas ilegais. A CPI apontou como principal problema o avanço da tecnologia associado a um completo descontrole estatal sobre a produção, comercialização e importação de equipamentos e programas com a finalidade específica de realizar interceptações telefônicas e a não tipificação penal de material de interceptação telefônica que, na visão dos membros da CPI, só deveriam poder negociar com órgãos de segurança pública.

A partir de então a CPI passou a apontar uma série de infrações, a saber: (1) interceptações ilegais travestidas de legais, é a chamada "barriga de aluguel"[4], que ocorre quando um número estranho à investigação é juntado no pedido aos números dos verdadeiros investigados, sem que o magistrado se atente para essa prática, (2) necessidade de atuação estatal no combate à interceptação ilegal, com controle sobre a atuação de escritório de investigação particular, (3) colaboração de funcionários de operadoras de telefonia com atividades de grampo ilegal, fazendo necessária a atuação do órgão regulador estatal, a ANATEL, (com controle de acesso, uso de câmeras, registro de acesso (logs) e auditorias periódicas), inclusive fiscalização da atuação das terceirizadas prestadoras de serviço sem vínculo empregatício com as concessionárias de serviço público[5], cujos funcionários não deveriam ter contato com informações sigilosas.

Quanto ao que a CPI chamou de escutas legais, assim classificado porque precedidas de autorização judicial (portanto melhor seria se chamadas de escutas

4. MORAIS DA ROSA, Alexandre e MINAGÉ, Thiago. O jogo (sujo) na interceptação: compartilhamento e barriga de aluguel. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires e MIRZA, Flávio (orgs.) *Interceptação telefônica*: os 20 anos da Lei nº 9.296/96. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 17-28.

5. Artigo publicado por SANTORO, TAVARES e GOMES explica o funcionamento prático da medida de interceptação telefônica, em que fica claro a importância operacional dos empregados das operadoras de telefonia, bem como o protagonismo exercido pelas empresas de tecnologia de informação que com seus sistemas terminam por determinar o modo de execução da medida (SANTORO, Antonio E. R.; TAVARES, Natália L. F.; GOMES, Jefferson C. O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. vol. 3, n. 2, p. 605-632. Porto Alegre, mai.-ago. 2017. [https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.76]).

autorizadas, porque não necessariamente são legais), foram identificados os seguintes problemas:

Em primeiro lugar o que o Relatório aprovado chamou de "desvios de autorizações/execuções de interceptações: (1) interceptações cujos áudios foram encaminhados à Polícia Rodoviária Federal, (2) interceptações autorizadas por juízos não criminais (juízos de varas cíveis, de família e de sucessões autorizaram a interceptação), (3) autorizações com prorrogação sem fundamentação ou automática (a CPI chamou de automática, mas parece mais claro que em alguns casos a interceptação foi autorizada por 30 dias, não por 15 com a prorrogação automática)[6], (4) interceptações cujos áudios foram encaminhados à Polícia Militar (todos os casos apurados ocorreram em São Paulo e um em Mato Grosso do Sul), (5) o juízo de Itaguaí no Rio de Janeiro foi identificado como autorizador de um número muito destoante de interceptações, mas o juiz não compareceu para depor na CPI, apesar de intimado, por determinação do Supremo Tribunal Federal, de tal forma que não foi possível apurar melhor esse caso.

Em segundo lugar outros problemas foram identificados, ainda classificados como "escutas legais": (1) o vazamento de escutas legais para a imprensa violando o segredo de justiça, (2) foi apurado pelo depoimento prestado pelo juiz Fausto Martin de Sanctis que eram proferidas decisões concedendo senhas pessoais e intransferíveis a policiais para terem acesso direto a cadastro e histórico de chamada (bilhetagem) de assinantes, para que pudessem ter acesso às informações de pessoas que entrassem em contato com os alvos da investigação sem necessidade de ordem judicial específica (o juiz afirmou que esse era o procedimento adotado em todo Brasil); (3) foram encontrados dados de escutas telefônicas e ambientais em arquivos pessoais de policiais.

6. Sobre a questão do prazo de interceptação, importante trabalho de Geraldo Prado aponta no sentido de que, ainda que se interprete o texto legal no sentido de não haver limitação do número de prorrogações, a interceptação telefônica não pode ultrapassar o prazo máximo para o estado de sítio previsto na Constituição de 60 dias, ou seja, jamais poderia haver mais de três prorrogações. PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 42. Ada Pellegrini Grinover adota a mesma posição de Geraldo Prado (PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 519). Vide também BADARÓ, Gustavo. A busca da verdade no processo e os seus limites: ainda e sempre o problema da duração do prazo da interceptação telefônica. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires e MIRZA, Flávio (orgs.) *Interceptação telefônica*: os 20 anos da Lei nº 9.296/96. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 189-212.

E, por fim, o ponto que deu origem à pesquisa ora retratada neste trabalho foi a inexistência de dados estatísticos sobre interceptações telefônicas, o que motivou a CPI a investigar diretamente junto às operadoras de telefonia esses dados, bem como o tratamento e a transparência dos dados em outros países e, por fim, impulsionou o Conselho Nacional de Justiça a regular as informações a serem prestadas para composição de um banco de dados. Vejamos:

Originalmente, a CPI trabalhou com a informação de que no ano de 2007 foram realizadas 409 mil interceptações, entre determinações oficiais e prorrogações.

No entanto, a CPI enviou ofícios às operadoras de telefonia determinando que fossem enviadas as cópias de todos os ofícios com autorização judicial. Por ordem do Supremo Tribunal Federal, essa requisição foi considerada violadora do sigilo. A CPI, então, requisitou o número do ofício que continha a ordem judicial, sem o conteúdo, o que foi mais uma vez considerado violador do sigilo. Dessa forma foram requisitadas e fornecidas informações sobre interceptações iniciais e as prorrogações no ano de 2007, sem menção aos ofícios.

Os ofícios enviados pela CPI com uma planilha a ser preenchida com as seguintes informações:

(A) Mês/Ano do início da interceptação;

(B) Juízo que ordenou a interceptação;

(C) Cidade/UF;

(D) Tipo do terminal fixo (F) ou celular (C);

(E) Interceptação realizada mediante IMEI? (S/N)

(F) Data de início da interceptação;

(G) Data de término da interceptação (incluindo as prorrogações)

(H) Duração real da interceptação (em dias) – descontadas as interrupções;

(I) Quantidade de prorrogações;

(J) Destinatário do áudio;

(K) Observações.

Embora as operadoras tenham reportado dificuldade para preencherem corretamente a planilha, especialmente no que respeita às prorrogações, já que os sistemas informatizados tratam cada determinação judicial (inicial ou prorrogação) como interceptações distintas, os dados obtidos, com a ressalva de que pode haver alguma divergência sobre se a interceptação é inicial ou prorrogação, foram os seguintes:

Quadro 1 – Interceptações telefônicas do ano de 2007[7]

OPERADORA	QUANTIDADE	QUANTIDADE DE PRORROGAÇÕES
Telefônica	2.684	1.650
GVT	233	215
Nextel	2.460	3.140
Vivo	34.955	27.267
TIM	146.802	53.045
Sercontel	97	71
Embratel	489	564
Brasil Telecom Móvel	21.233	3.301
Brasil Telecom Fixa	5.540	3.674
Oi móvel	12.957	1.714
Oi Fixa	3.212	1.867
Claro	33.260	12.890
CTBC	799	81
Amazônia Celular	1.269	174
Totais	265.990	109.653
Total Geral	375.643	

O número inicialmente apresentado pela CPI de 409.000 interceptações telefônicas[8] no ano de 2007 não era preciso porque levava em conta nos dados obtidos junto à TIM e à Nextel os dois primeiros meses de 2008, portanto não são exatamente do ano de 2007.

Em setembro de 2008, durante os trabalhos da CPI, após a divulgação do imenso número de interceptações telefônicas sem controle de dados ou conhecimento estatístico, o CNJ – Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução

7. Relatório da CPI CPIESCUT, p. 356. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpiescut/relatorio-final-aprovado/Relatorio-Final-Versao-Final.pdf].

8. Relatório Final, p. 353.

n. 59[9] (hoje já alterada pelas Resoluções n. 84 de 2009 e n. 217 de 2016). A Resolução cria uma série de procedimentos com o objetivo de estabelecer um melhor conhecimento e controle sobre os dados a respeito das interceptações telefônicas e de dados.

A Seção III determina qual deve ser o conteúdo da decisão judicial[10]. Já a Seção IV disciplina a expedição de ofícios judiciais e o que devem conter[11]. O artigo 12

9. Essa Resolução revela o vácuo deixado pelas normas legais que disciplinam a interceptação telefônica e, embora com a constitucionalidade questionada pela Procuradoria-Geral da República por meio da ADI 4.145, a referida Resolução vem sendo normalmente aplicada (A favor da constitucionalidade da norma: BOTTINO DO AMARAL, Thiago e CYRINO, André Rodrigues. Memorial apresentado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.145. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires e MIRZA, Flávio (orgs.) *Interceptação telefônica*: os 20 anos da Lei nº 9.296/96. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 557-585).
10. O que parece invadir esfera de regulamentação legal, vez deve ser regulada por lei de competência privativa da União, na forma do art. 22, I, da Constituição, a despeito da já apresentada e respeitada opinião em contrário. O art. 10 da Resolução 59/2008 impõe que o magistrado deverá fazer constar expressamente de sua decisão que será sempre escrita e fundamentada: a autoridade requerente; o relatório circunstanciado da autoridade requerente; os indícios razoáveis da autoria ou participação em infração criminal apenada com reclusão; as diligências preparatórias realizadas, com destaque para os trabalhos mínimos de campo, com exceção de casos urgentes, devidamente justificados, em que as medidas iniciais de investigação sejam inviáveis; os motivos porque não seria possível obter a prova por outros meios disponíveis; os números dos telefones ou o nome de usuário, e-mail ou outro identificador no caso de interceptação de dados; o prazo de interceptação; a imediata indicação dos titulares dos referidos números ou, excepcionalmente, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas; a expressa vedação de interceptação de outros números não discriminados na decisão; os nomes de autoridades policiais e membros do ministério público responsáveis pela investigação, que terão acesso às informações; e os nomes dos funcionários do cartório ou secretaria, peritos, tradutores e demais técnicos responsáveis pela tramitação da medida e expedição dos respectivos ofícios, no Poder Judiciário, na Polícia Judiciária e no Ministério Público, podendo reportar-se à portaria do juízo que discipline a rotina cartorária.
11. Os ofícios devem ser gerados pelo sistema informatizado do respectivo órgão jurisdicional ou por meio de modelos padronizados a serem definidos pelas respectivas Corregedorias locais e devem fazer constar: o número do ofício sigiloso; o número do protocolo; a data de distribuição; o tipo de ação; o número do inquérito ou processo; o órgão postulante da medida (Delegacia de origem ou Ministério Público); o número dos telefones que tiveram a interceptação ou quebra de dados deferida; a expressa vedação de interceptação de outros números não discriminados na decisão; a advertência de que o ofício-resposta deverá indicar o número do protocolo do processo ou do Plantão Judiciário, sob pena de recusa de seu recebimento pelo cartório ou secretaria judicial; e

obriga as operadoras de telefonia a enviarem ofícios semestrais à Corregedoria do CNJ informando o nome das pessoas e os registros funcionais daqueles que têm acesso às interceptações ou operacionalizam-nas. E o artigo 18 atribui aos juízes a obrigação de informar mensalmente à Corregedoria Nacional de Justiça, por via eletrônica, a quantidade de interceptações em andamento e os pedidos de prorrogação de interceptação deferidos.

Com esses dados é possível alimentar o Sistema Nacional de Controle de Interceptações Telefônicas, doravante denominado SNCIT, também criado pelo CNJ para concentrar as informações a respeito da medida. O objetivo é que a mesma se torne uma ferramenta que possibilite a emissão de estatísticas, conferir transparência e controle.

Como a Resolução n. 59 foi editada durante e o SNCIT também iniciou sua operação durante os trabalhos da CPI, os dados enviados pelas operadoras de telefonia para a CPI no ano de 2008 terminaram por serem comparados com os dados divulgados pelo CNJ. Senão vejamos:

O CNJ divulgou em 18 de novembro de 2008 que havia 12.210 procedimentos de interceptação em andamento. Já as operadoras enviaram ofícios com informações para a CPI nos meses de novembro e dezembro de 2008, com as seguintes informações:

Quadro 2 – Interceptações telefônicas do ano de 2008[12]

OPERADORA	QUANTIDADE	QUANTIDADE DE PRORROGAÇÕES
Telefônica	1.807	798
GVT	251	201
Nextel	2.593	2.968
Vivo	54.380	36.250
TIM	95.499	45.958

a advertência da regra contida no art. 10 da Lei 9.296/96, segundo o qual constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

12. Relatório da CPI CPIESCUT, p. 360. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpiescut/relatorio-final-aprovado/Relatorio-Final-Versao-Final.pdf].

OPERADORA	QUANTIDADE	QUANTIDADE DE PRORROGAÇÕES
Sercontel	26	19
Embratel	275	249
Brasil Telecom Móvel	13.452	3.354
Brasil Telecom Fixa	4.228	1.423
Oi móvel	17.127	4.144
Oi Fixa	4.228	423
Claro	43.122	24.156
CTBC	389	78
Amazônia Celular	1.269	172
Totais	238.646	120.193
Total Geral	358.839	

De acordo com o Relatório Final da CPI[13], a divergência entre o número divulgado pelo CNJ e os números divulgados pela CPI se deve ao fato de que aqueles se referem às interceptações em andamento em outubro de 2008, ao passo que os dados divulgados pela CPI se referem também às interceptações já encerradas no ano de 2008.

A CPI também concluiu em seu Relatório Final[14] que "é possível constatar uma leve redução da quantidade de interceptações" e que isso pode ser atribuído "em um exercício de inferência, a um certo efeito decorrente da atuação da CPI e à atuação do CNJ".

No entanto, após o encerramento da CPI não foi realizada uma análise quantitativa que permita afirmar efetiva e consistentemente ter havido uma redução das interceptações. Como afirmar que sua utilização é racional e não abusiva, apenas coletando dados, sem divulgá-los de forma organizada e comparativa?

13. Relatório da CPI CPIESCUT, p. 359. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpiescut/relatorio-final-aprovado/Relatorio-Final-Versao-Final.pdf].
14. Relatório da CPI CPIESCUT, p. 360. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpiescut/relatorio-final-aprovado/Relatorio-Final-Versao-Final.pdf].

Portanto, como dito anteriormente, o trabalho que ora se apresenta é decorrente de pesquisa cujos objetivos são descrever de forma detalhada a utilização da interceptação telefônica no Brasil, identificar a utilização da interceptação das comunicações feitas por telefones e por dados, organizar os dados de forma a identificar a utilização da interceptação por tribunal e por ano, realizar uma comparação entre o uso da interceptação com a população do estado, a quantidade de processos novos e em andamento, bem como a população prisional cumprindo pena e em prisão provisória.

3. A coleta de dados da pesquisa

Para realização da pesquisa que se iniciou no ano de 2015, seria necessário obter os dados a partir de diversas fontes documentais oficiais, a saber: (1) dados sobre a interceptação telefônica no Brasil diretamente na Corregedoria do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, que administra o SNCIT; (2) Relatórios "Justiça em Números", também na Corregedoria do CNJ; (3) Dados sobre a população brasileira de acordo com os documentos do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e (4) Dados sobre interceptação telefônica nos Estados Unidos do Escritório Administrativo das Cortes dos Estados Unidos.

A proposta era coletar todos os dados sobre interceptação telefônica a partir do ano da implantação do SNCIT (2008) e compará-los com os dados sobre população, processos e pessoas presas a partir do início da pesquisa (2015). Dessa forma, a coleta dos dados diretamente do SNCIT deveria ser integral, de forma que permitisse comparar com aqueles dados apresentados pela CPI, e dos demais dados a partir de 2015, para traçar um comparativo atual com as demais referências.

Com exceção dos dados sobre a interceptação telefônica no Brasil, todos os dados foram obtidos diretamente dos sítios oficiais *World Wide Web*. Vejamos cada um de *per se*:

Os Relatórios "Justiça em Números" são apresentados ano a ano, com base nos dados obtidos no ano anterior, e expõem informações para que se conheça de forma clara e específica o Poder Judiciário, seus órgãos das diversas instâncias e, o que mais interessa à pesquisa, o número de processos novos e em andamento por especialidade.

Como ainda não existe o Relatório de 2019, ano-base 2018, foram obtidos os Relatórios cujos anos-base são 2015, 2016 e 2017.

Foram utilizados os seguintes Relatórios:

– Relatório Analítico "Justiça em Números 2018: ano-base 2017" pelo sítio [http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf], em formato pdf, acessado em: 18.01.2019;

– Relatório Analítico "Justiça em Números 2017: ano-base 2016" pelo sítio [http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf], em formato pdf, acessado em: 18.01.2019;

– Relatório Analítico "Justiça em Números 2016: ano-base 2015" pelo sítio [http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf], em formato pdf, acessado em: 18.01.2019.

Os dados sobre a população brasileira por unidade da federação foram obtidos junto ao sítio do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, doravante denominado apenas IBGE, por meio das "Estimativas de População Residente no Brasil e Unidades da Federação" por ano publicada no Diário Oficial da União.

Foram utilizadas as estimativas de população dos anos de 2015, 2016, 2017 e 2018:

– "Estimativa de População Residente no Brasil e Unidades da Federação" com data de referência 1º de julho de 2018, pelo sítio [ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2018/estimativa_dou_2018_20181019.pdf], em formato pdf, acessado em: 18.01.2019;

– "Estimativa de População Residente no Brasil e Unidades da Federação" com data de referência 1º de julho de 2017, pelo sítio [ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2017/estimativa_dou_2017.pdf], em formato pdf, acessado em: 18.01.2019;

– "Estimativa de População Residente no Brasil e Unidades da Federação" com data de referência 1º de julho de 2016, pelo sítio [ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2016/estimativa_dou_2016_20160913.pdf], em formato pdf, acessado em: 18.01.2019;

– "Estimativa de População Residente no Brasil e Unidades da Federação" com data de referência 1º de julho de 2015, pelo sítio [ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2015/estimativa_dou_2015_20150915.pdf], em formato pdf, acessado em: 18.01.2019.

Foram coletados também os dados sobre interceptação determinados pela Justiça dos Estados Unidos. Em primeiro lugar cumpre esclarecer que a comparação com os Estados Unidos se dá por dois motivos: (1) foram os dados usados pela CPI dos Grampos e (2) é uma federação, o que permite uma relação próxima com o Brasil, que também coleta dados por unidades da federação. Os dados são públicos porque, por força de determinação legal, o Escritório Administrativo das Cortes dos Estados Unidos é obrigado a divulgar anualmente as interceptações judicialmente autorizadas. Todos os dados são divulgados a partir do ano de 1997 e o último ano a ser divulgado foi o ano de 2017.

Foram coletados os seguintes dados:

– "Relatório de Interceptações" do ano de 2017, pelo sítio [https://www.uscourts.gov/statistics-reports/wiretap-report-2017], em formato pdf, acessado em: 18.01.2019;

– "Relatório de Interceptações" do ano de 2016, pelo sítio [https://www.uscourts.gov/statistics-reports/wiretap-report-2016], em formato pdf, acessado em: 18.01.2019;

– "Relatório de Interceptações" do ano de 2015, pelo sítio [https://www.uscourts.gov/statistics-reports/wiretap-report-2015], em formato pdf, acessado em: 18.01.2019.

Os únicos dados a serem obtidos que não estavam disponíveis pela internet (*World Wide Web*) eram exatamente sobre as interceptações telefônicas no Brasil. Foi necessário ao primeiro dos autores do presente trabalho deslocar-se à Corregedoria Nacional de Justiça, no CNJ em Brasília, para solicitar acesso aos dados do SNCIT.

Foi necessário comparecer pessoalmente à Ouvidoria do CNJ e instaurar formalmente o Relato n. 170090 em 06 de julho de 2016 para solicitar acesso pessoal e disponibilização pública dos dados, o que foi deferido prontamente. Os primeiros dados foram enviados por e-mail e o sistema tornou-se público no último quadrimestre do ano de 2016.

Dessa forma, as informações sobre interceptação telefônica e de dados podem ser obtidas diretamente no sítio [http://www.cnj.jus.br/sistemas/interceptacoes-telefonicas], por mês, ano, tribunal ou juízo. Deste sítio foram extraídos os dados que a seguir serão analisados quantitativa e comparativamente.

4. Análise quantitativa e comparativa dos dados obtidos na pesquisa

O sítio do CNJ que disponibiliza os dados sobre o SNCIT possibilita dois links de acesso: um cujo título é "Acesse o Relatório Quantitativo" e outro "Acesse o relatório quantitativo por tribunal". O primeiro link foi utilizado porque ele permite acessar relatórios por ano ou por mês e também permite acessar os dados gerais ou por tribunal ou por juízo, de tal forma que é possível obter informações mais detalhadas.

Todos os relatórios são apresentados em forma de tabela com 12 colunas: a primeira coluna tem o título "Mês/Ano" e, como o nome diz, informa o mês e o ano dos dados de cada linha, como por exemplo: "Janeiro/2017"; a segunda coluna tem o título "Total 1" e expressa a quantidade de ofícios expedidos, sendo a quantidade de primeiros ofícios expedidos para interceptação de linha telefônica

ou VOIP; a terceira coluna tem o título "Total 2" e expressa a quantidade de ofícios expedidos enquanto as interceptações telefônicas ou VOIP estão em andamento, ou seja, aqueles que foram renovados; a quarta coluna tem o título "Total 3" e expressa a quantidade de procedimentos criminais de interceptação telefônica instaurados; a quinta coluna tem o título "Total 4" e expressa a quantidade de procedimentos criminais de interceptação telefônica em andamento; a sexta coluna tem o título "Total 5" e expressa a quantidade de telefones monitorados; a sétima coluna tem o título "Total 6" e expressa a quantidade de *VOIP*s monitorados; a oitava coluna tem o título "Total 7" e expressa a quantidade de primeiros ofícios expedidos para interceptação de dados – e-mails; a nona coluna tem o título "Total 8" e expressa a quantidade de ofícios expedidos enquanto as interceptações de dados – e-mails – estão em andamento; a décima coluna tem o título "Total 9" e expressa a quantidade de procedimentos criminais de interceptação de dados – e-mails – instaurados; a décima primeira coluna tem o título "Total 10" e expressa a quantidade de procedimentos criminais de interceptação de dados – e-mails – em andamento e a décima segunda coluna tem o título "Total 11" e expressa a quantidade de e-mails interceptados.

Abaixo está o quadro com os dados sobre as interceptações no Brasil, ano a ano, na forma da tabela cujo conteúdo das colunas foi descrito acima:

Quadro 3 – Interceptações telefônicas ano a ano[15]

Ano	Total 1	Total 2	Total 3	Total 4	Total 5	Total 6	Total 7	Total 8	Total 9	Total 10	Total 11
2008	3.808	7.269	1.236	3.442	16.589	827	218	331	75	311	100
2009	39.645	113.197	12.832	39.278	214.138	15.379	2.724	6.183	1.569	5.665	5.184
2010	53.372	113.458	12.471	40.353	214.883	15.177	2.319	5.082	1.293	4.838	4.732
2011	54.165	115.634	12.615	44.441	233.054	14.531	2.310	4.252	922	3.088	4.011
2012	51.796	130.519	12.943	47.568	247.617	19.584	1.968	4.617	773	3.676	4.744
2013	47.980	113.051	12.367	49.432	242.451	26.124	2.307	4.582	946	3.460	11.977
2014	45.521	98.849	11.810	47.884	240.195	25.988	2.431	4.671	1.123	4.127	14.806
2015	41.798	93.985	11.102	48.935	268.555	22.811	2.732	5.002	1.328	6.878	18.170
2016	38.767	90.716	10.708	44.758	261.088	18.580	2.717	5.269	1.380	4.054	11.164
2017	36.685	84.132	10.005	41.287	278.752	20.674	3.510	6.193	1.416	3.861	12.296
2018	32.145	69.665	8.886	36.711	237.481	28.219	3.681	6.904	1.405	3.858	11.945

15. Sistema Nacional de Controle das Interceptações Telefônicas. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/interceptacoes_tel/relatorio_quantitativos.php]. Acessado em: 18.01.2019.

Como a coluna "Total 5", "Total 6" e "Total 11" exprimem a quantidade de interceptações telefônicas, de VOIP e de e-mail, respectivamente, é possível fazer a extração da quantidade total de interceptação de comunicações por ano, conforme o seguinte quadro, ignorando o ano de 2008 em razão da inconsistente alimentação do sistema de informações[16]:

Quadro 4 – Quantidade de interceptações telefônicas, de VOIPs e e-mails ano a ano

Ano	Interceptações telefônicas	VOIPs	E-mails	Total
2009	214.138	15.379	5.184	234.701
2010	214.883	15.177	4.732	234.792
2011	233.054	14.531	4.011	251.596
2012	247.617	19.584	4.744	271.945
2013	242.451	26.124	11.977	280.552
2014	240.195	25.988	14.806	280.989
2015	268.555	22.811	18.170	309.536
2016	261.088	18.580	11.164	290.832
2017	278.752	20.674	12.296	311.722
2018	237.484	28.219	11.960	277.663

Fonte: elaborado pelo autor.

Há um crescimento consistente no número de interceptações de comunicações (telefônica e dados) até o ano de 2012. A partir de 2013 o número de interceptações não segue uma regra. O ano de 2014 mantém o mesmo patamar que havia em 2013, um forte aumento em 2015, seguida de uma oscilação para baixo em 2016 e o maior número de interceptações já registrado oficialmente ocorreu em 2017.

O ano de 2018 apresenta uma redução superior a 10% em relação ao ano anterior, mas que manteve patamares próximos aos anos de 2013 e 2014.

16. Está sendo suprimido o ano de 2008, uma vez que as informações dele constante exprimem sua inconsistência por estar sendo implementado e os dados ainda não vinham sendo fornecidos com exatidão.

Essa análise, todavia, não nos permite chegar à conclusão de que exista uma tendência de diminuição no seu uso, afinal o ano em que mais se realizou interceptações foi 2017. É possível, todavia, realizar outras análises por tribunais e por ano, por exemplo. Vejamos:

4.1. Análise das interceptações por Tribunal

A partir das informações coletadas no SNCIT, foi possível organizar os dados para comparar a quantidade de interceptações (telefônica, VOIP e e-mail somados) para cada tribunal a partir do ano de 2015, bem como o total dos últimos 4 anos.

Serão apresentados três quadros, considerando-se apenas os Tribunais de Justiça dos Estados e os Tribunais Regionais Federais, tanto em primeira como em segunda instância, muito embora o SNCIT trabalhe com os dados fornecidos pelos Tribunais Eleitorais (TREs e TSE), os Tribunais Militares, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Essa opção decorre do fato de que a quantidade de interceptações nos Tribunais Regionais Federais e nos Tribunais de Justiça dos Estados é muito maior do que nos demais.

O primeiro quadro mostra os Tribunais estaduais de Justiça listados verticalmente por ordem decrescente de interceptações realizadas no número acumulado dos últimos 4 anos, indicando na sexta coluna ("TOTAL") a quantidade de interceptações de cada tribunal acumulada de 2015 a 2018, bem como indicando na 29ª linha ("Total por ano") a quantidade total de interceptações dos tribunais estaduais em cada ano entre 2015 e 2018. A saber:

Quadro 5 – Quantidade de interceptações de 2015 a 2018 por Tribunal de Justiça

TRIBUNAL	2015	2016	2017	2018	TOTAL
TJSP	31.545	30.324	37.996	39.469	136.443
TJRJ	21.285	22.245	23.802	36.056	100.287
TJGO	28.055	23.342	22.800	22.634	94.727
TJPR	25.553	24.374	21.372	24.796	93.213
TJCE	13.395	27.896	41.621	9.127	90.984
TJMG	20.729	20.429	24.017	23.569	84.552

TRIBUNAL	2015	2016	2017	2018	TOTAL
TJSC	14.559	15.074	16.893	10.508	56.109
TJRO	5.245	7.604	14.224	24.635	51.063
TJRN	9.990	17.564	15.724	7.527	49.836
TJRS	15.257	13.428	11.479	9.927	49.036
TJES	9.525	8.828	7.312	7.974	33.136
TJMS	6.682	5.798	9.319	6.878	27.299
TJPI	19.099	4.754	2.004	963	26.820
TJPE	8.079	7.512	6.850	5.362	26.762
TJMT	9.595	4.619	3.984	3.897	21.815
TJPA	9.032	4.264	3.489	4.291	20.738
TJAC	5.621	3.714	3.119	3.932	16.026
TJBA	4.034	4.740	3.880	2.404	13.669
TJMA	1.619	4.220	3.963	3.273	12.681
TJDF	5.366	4.408	1.908	140	11.822
TJPB	1.596	4.193	2.893	2.347	11.029
TJTO	2.628	1.815	1.933	4.154	10.530
TJSE	4.482	1.085	643	564	6.774
TJRR	137	541	864	1.995	3.537
TJAM	3.058	286	49	0	3.393
TJAL	222	801	8	10	1.041
TJAP	273	92	41	53	459
Total por ano	276.661	263.950	282.187	256.485	

Fonte: elaborado pelo autor.

O segundo quadro é similar ao primeiro, mas expõe os dados de interceptações referentes aos Tribunais Regionais Federais:

Quadro 6 – Quantidade de interceptações de 2015 a 2018 por Tribunal Regional Federal

TRIBUNAL	2015	2016	2017	2018	TOTAL
TRF4	11.986	10.038	8.320	4.627	34.303
TRF1	11.017	9.108	7.772	6.602	33.279
TRF3	4.362	4.558	6.367	3.332	18.465
TRF5	1.708	1.071	1.614	1.818	5.567
TRF2	922	916	1.219	799	3.723
Total por ano	29.995	25.691	25.292	17.178	

Fonte: elaborado pelo autor.

Deve se observar que enquanto a Justiça Federal só apresentou aumento no número de interceptações do ano de 2009 para o ano de 2010 e, portanto, há uma consistente taxa de redução do uso das interceptações nessa esfera, a Justiça Estadual apresentou consistente aumento até o ano de 2017:

Quadro 7 – Comparação entre a quantidade de interceptações de 2009 a 2018 entre os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça

ANO	FEDERAL	ESTADUAL
2009	31.829	132.363
2010	40.314	194.328
2011	34.992	216.150
2012	29.848	240.857
2013	29.434	249.021
2014	30.253	249.520
2015	29.995	276.661
2016	25.691	263.950
2017	25.292	282.187
2018	17.178	256.485

Fonte: elaborado pelo autor.

O número de interceptações no ano de 2018 na Justiça Federal é menor do que todos os anos anteriores, inclusive o ano em que a coleta de dados se estabeleceu pela primeira vez por 12 meses completos.

De outro lado, a Justiça Estadual vem demonstrando o aumento no uso da interceptação ano a ano, com duas exceções: a pequena redução de 2016 em relação a 2015 não chega a 5% e a diminuição de 2018 em relação a 2017 não chega a 10%.

Ainda, diversamente da Justiça Federal, cujo o número de interceptações de 2018 é de forma clara o menor de todos os anos de coletas dos dados, o número de interceptações da Justiça Estadual em 2018 é superior a todos os anos anteriores a 2015 e próximo de 2016, afastando-se efetivamente dos dois anos em que ocorreu o maior número de interceptações, 2015 e 2017.

No entanto, outras questões chamam atenção e precisam de uma análise comparativa com outros parâmetros. É possível observar que alguns Tribunais de Justiça dos Estados apresentam um número de interceptações que não se afigura compatível com a população do Estado, como é o caso do Tribunal de Justiça de Goiás, por exemplo. Portanto, importa realizar essa análise comparativa entre as interceptações e a população residente.

4.2. Análise comparativa entre a quantidade de interceptações e a população dos estados

Alguns Tribunais de Justiça dos Estados parecem lançar mão da medida de interceptação muito mais do que outros estados se considerada a população submetida à sua jurisdição.

É esperado que São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro tenham uma quantidade de interceptações telefônicas maior do que outros Estados, mas surpreende o número de interceptações realizadas pelos Tribunais de Goiás e Ceará.

Por essa razão a organização de um quadro comparativo entre a quantidade de interceptações e a população do estado pode ajudar a identificar os Tribunais estaduais que mais fazem uso da medida e qual sua taxa em relação à quantidade de pessoas que residem naquela unidade da federação.

O quadro a seguir apresenta as seguintes informações: na primeira coluna estão os Tribunais de Justiça dos Estados e Distrito Federal. Nas quatro colunas ao lado estão dois dados para cada ano entre 2015 e 2018: a população e a taxa entre a população e a quantidade de interceptações telefônicas (a quantidade de interceptações telefônicas por ano por Tribunal de Justiça pode ser encontrada no Quadro 5 e não está aqui repetida). A penúltima coluna apresenta o total de interceptações nos anos de 2015 a 2018 por unidade da federação. A última coluna, denominada "Taxa final", apresenta a relação entre o total de interceptações e a população atual.

Quadro 8 – Comparação entre a quantidade de interceptações de 2015 a 2018 nos Tribunais de Justiça e a população das unidades da federação

TJ	2015		2016		2017		2018		TOTAL de Interc.	Taxa final
	Popul.[17]	taxa	Popul.[18]	taxa	Popul.[19]	taxa	Popul.[20]	taxa		
RO	1.768.204	337	1.787.279	235	1.805.788	127	1.757.589	71	51.708	34
AC	803.513	143	816.687	220	829.619	266	869.265	221	16.386	53
RN	3.442.175	345	3.474.998	198	3.507.003	223	3.479.010	462	50.805	68
GO	6.610.681	236	6.695.855	287	6.778.772	297	6.921.161	306	96.831	71
MS	2.651.235	397	2.682.386	463	2.713.147	291	2.748.023	400	28.677	96
CE	8.904.459	665	8.963.663	321	9.020.460	217	9.075.649	994	92.039	99
ES	3.929.911	413	3.973.697	450	4.016.356	549	3.972.388	498	33.639	118
PR	11.163.018	437	11.242.720	461	11.320.892	530	11.348.937	458	96.095	118
PI	3.204.028	168	3.212.180	676	3.219.257	1.606	3.264.531	3.390	26.820	122
SC	6.819.190	468	6.910.553	458	7.001.161	414	7.075.494	673	57.034	124
TO	1.515.126	577	1.532.902	845	1.550.194	802	1.555.229	374	10.530	148
MT	3.265.486	340	3.305.531	716	3.344.544	839	3.441.998	883	22.095	156
RR	505.665	3.691	514.229	951	522.636	605	576.568	289	3.537	163
RJ	16.550.024	778	16.635.996	748	16.718.956	702	17.159.960	476	103.388	166
RS	11.247.972	737	11.286.500	841	11.322.895	986	11.329.605	1.141	50.091	226
MG	20.869.101	1.007	20.997.560	1.028	21.119.536	879	21.040.662	893	88.744	237
DF	2.914.830	543	2.977.216	675	3.039.444	1.593	2.974.703	21.248	11.822	252

17. Estimativa de população residente no Brasil e Unidades da Federação com data de referência 1º de julho de 2015. Rio de Janeiro. IBGE. Disponível em: [ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2015/estimativa_dou_2015_20150915.pdf]. Acessado em: 18.01.2019.
18. Estimativa de população residente no Brasil e Unidades da Federação com data de referência 1º de julho de 2016. Rio de Janeiro. IBGE. Disponível em: [ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2016/estimativa_dou_2016_20160913.pdf]. Acessado em: 18.01.2019.
19. Estimativa de população residente no Brasil e Unidades da Federação com data de referência 1º de julho de 2017. Rio de Janeiro. IBGE. Disponível em: [ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2017/estimativa_dou_2017.pdf]. Acessado em: 18.01.2019.
20. Estimativa de população residente no Brasil e Unidades da Federação com data de referência 1º de julho de 2018. Rio de Janeiro. IBGE. Disponível em: [ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2018/estimativa_dou_2018_20181019.pdf]. Acessado em: 18.01.2019.

TJ	2015		2016		2017		2018		TOTAL de Interc.	Taxa final
	Popul.[17]	taxa	Popul.[18]	taxa	Popul.[19]	taxa	Popul.[20]	taxa		
SP	44.396.484	1.407	44.749.699	1.476	45.094.866	1.187	45.538.936	1.154	139.334	327
SE	2.242.937	500	2.265.779	2.088	2.288.116	3.559	2.278.308	4.040	6.774	336
PE	9.345.173	1.157	9.410.336	1.253	9.473.266	1.383	9.496.294	1.771	27.803	342
PB	3.972.202	2.489	3.999.415	954	4.025.558	1.391	3.996.496	1.703	11.029	362
PA	8.175.113	905	8.272.724	1.940	8.366.628	2.398	8.513.497	1.984	21.076	404
MA	6.904.241	4.265	6.954.036	1.648	7.000.229	1.766	7.035.055	2.149	13.075	538
BA	15.203.934	3.769	15.276.566	3.223	15.344.447	3.955	14.812.617	6.162	15.058	984
AM	3.938.336	1.288	4.001.667	13.992	4.063.614	82.931	4.080.611	n/a	3.393	1203
AP	766.679	2.808	782.295	8.503	797.722	19.457	829.494	15.651	459	1807
AL	3.340.932	15.049	3.358.963	4.193	3.375.823	421.978	3.322.820	332.282	1.041	3192

Fonte: elaborado pelo autor.

Isso permite concluir que entre os anos de 2015 a 2018, 6 unidades da federação tiveram uma taxa de interceptação em relação à população, levando em conta o acumulado dos 4 anos, inferior a 100. Isso significa que em termos estatísticos nesses estados a cada 100 pessoas uma é interceptada.

Especificamente em Rondônia, a cada 34 residentes, um foi interceptado nos últimos 4 anos. No Acre 53, no Rio Grande do Norte 68, em Goiás 71, no Mato Grosso do Sul 96 e no Ceará 99.

Importa verificar se nesses Tribunais há uma quantidade de processos novos e em andamento que se apresentam desproporcionais à população, ou seja, é preciso verificar se o grande número de interceptações é proporcional ao número de processos criminais. Para tanto é possível comparar esses dados com aqueles disponibilizados pelo CNJ nos Relatórios "Justiça em Números", em que se pode obter dados sobre o número de processos para cada Tribunal, inclusive para os Tribunais Regionais Federais.

4.3. Análise comparativa entre a quantidade de interceptações e a quantidade de processos por tribunal

Tendo em vista a relação muito baixa que se estabelece em alguns Tribunais de Justiça entre a quantidade de interceptações e a população, se mostra fundamental relacionar a quantidade de processos criminais com o número de interceptações, uma vez que a Constituição e a Lei 9.296/96 só admite a realização de interceptação para investigação criminal ou instrução processual, de tal sorte

que só é possível identificar, legal e constitucionalmente, interceptações determinadas por juízos criminais, em processos dessa natureza.

Diante dos dados fornecidos pelo CNJ a respeito dos processos criminais novos e em andamento a cada ano, foi possível elaborar um quadro com as seguintes informações: a primeira coluna identifica o tribunal e as outras três colunas identificam os anos de 2015, 2016 e 2017, já que o CNJ ainda não divulgou dados de processos do ano de 2018.

Na coluna de cada ano são apresentados: o número de processos novos, a relação entre o número de processos novos e as interceptações, o número de processos pendentes e a relação entre o número de processos totais (novos e pendentes) e as interceptações. O número de interceptações realizadas não consta do quadro porque pode ser encontrado no Quadro 5.

Para que a comparação fique mais clara, foi mantida a ordem dos tribunais do Quadro 7, ou seja, ordem crescente de taxa que relaciona a população da unidade da federação com a quantidade de interceptações.

Quadro 9 – Comparação entre a quantidade de interceptações de 2015 a 2017 nos Tribunais de Justiça e a quantidade de processos novos e pendentes

TJ	2015[21]				2016[22]				2017[23]			
	novos	relação	pendentes	Rel. total	novos	relação	pendentes	relação total	novos	relação	pendentes	relação total
RO	20.242	3,86	34.566	10,45	25.828	3,40	37.318	8,30	29.814	2,10	40.987	4,98
AC	12.967	2,31	18.586	5,61	11.810	3,18	22.065	9,12	12.442	3,99	22.199	11,11
RN	14.050	1,41	57.665	7,18	22.686	1,29	68.451	5,19	25.476	1,62	59.539	5,41
GO	50.517	1,80	175.310	8,05	57.933	2,48	191.108	10,67	57.583	2,53	202.469	11,41

21. JUSTIÇA EM NÚMEROS 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf]. Acessado em: 18.01.2019.
22. JUSTIÇA EM NÚMEROS 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf]. Acessado em: 18.01.2019.
23. JUSTIÇA EM NÚMEROS 2018: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf]. Acessado em: 18.01.2019.

TJ	2015[21]				2016[22]				2017[23]			
	novos	relação	pendentes	Rel. total	novos	relação	pendentes	relação total	novos	relação	pendentes	relação total
MS	43.912	3,28	187.463	17,27	60.287	2,16	193.245	9,09	50.509	1,21	180.253	5,54
CE	43.440	6,50	74.629	17,67	47.442	8,18	119.126	28,73	48.848	5,24	127.806	18,96
ES	38.488	4,04	199.684	25,00	66.532	7,54	235.666	34,23	43.133	5,90	162.960	28,19
PR	14.879	0,78	58.404	3,84	21.678	4,56	67.346	18,73	23.913	11,93	78.458	51,08
PI	131.899	5,16	257.487	15,24	161.616	6,63	290.901	18,57	186.884	8,74	280.362	21,86
SC	99.728	6,85	200.624	20,63	135.671	9,00	290.901	28,30	140.315	8,31	304.922	26,36
TO	12.983	4,94	34.920	18,23	20.019	11,03	39.131	32,59	20.241	10,47	36.510	29,36
MT	35.746	3,73	135.529	17,85	46.355	10,04	119.713	35,95	55.742	13,99	125.496	45,49
RR	5.196	37,93	13.069	133,32	4.909	9,07	11.533	30,39	6.063	7,02	12.243	21,19
RJ	233.636	10,98	441.208	31,71	250.973	11,28	480.605	32,89	225.156	9,46	467.488	29,10
RS	258.032	16,91	295.551	36,28	307.608	22,91	326.443	47,22	133.390	11,62	290.779	36,95
MG	177.455	8,56	434.691	29,53	232.473	11,38	509.807	36,33	146.121	6,08	506.193	27,16
DF	70.610	13,16	72.729	26,71	77.223	17,52	77.317	35,06	84.819	44,45	69.853	81,06
SP	253.601	8,04	1.845.800	66,55	450.534	14,86	1.979.513	80,14	455.588	11,99	1.919.043	62,50
SE	31.270	6,98	82.589	25,40	14.918	13,75	39.583	50,23	17.443	27,13	40.575	90,23
PE	45.031	5,57	185.949	28,59	51.680	6,88	197.909	33,23	49.613	7,24	193.431	35,48
PB	25.818	16,18	68.768	59,26	22.539	5,38	62.399	20,26	21.521	7,44	62.439	29,02
PA	54.579	6,04	202.789	28,50	38.400	9,01	182.339	51,77	22.507	6,45	190.421	61,03
MA	29.819	18,42	90.122	74,08	58.910	13,96	104.257	38,67	43.348	10,94	117.126	40,49
BA	97.607	24,20	326.665	105,17	79.698	16,81	354.028	91,50	88.102	22,71	301.242	100,35
AM	5.560	1,82	38.277	14,34	24.522	85,74	104.205	450,09	30.284	618,04	108.135	2.824,88
AP	12.933	47,37	13.496	96,81	8.850	96,20	11.340	219,46	9.159	223,39	14.339	573,12
AL	15.319	69,00	50.358	295,84	16.566	20,68	59.202	94,59	17.314	2.164,25	60.994	9.788,50

Fonte: elaborado pelo autor.

O mesmo quadro foi elaborado para os Tribunais Regionais Federais, mantendo-se a ordem dos Tribunais do Quadro 6 que os apresenta de forma decrescente conforme a quantidade de interceptações de 2015 a 2018.

Quadro 10 – Comparação entre a quantidade de interceptações de 2015 a 2017 nos Tribunais Regionais Federais e a quantidade de processos novos e pendentes

TRF	2015[24]				2016[25]				2017[26]			
	novos	relação	Pend.	Rel. total	novos	relação	Pend.	Rel. total	novos	relação	Pend.	Rel. total
TRF4	23.824	1,99	31.857	4,65	28.462	2,84	33.805	6,20	32.190	4,21	32.737	8,48
TRF1	48.107	4,37	64.414	10,21	54.270	5,96	83.796	15,16	59.925	9,15	81.975	21,66
TRF3	6.091	1,40	19.726	5,92	12.231	2,68	45.545	12,68	14.489	2,33	43.764	9,38
TRF5	3.346	1,96	9.521	7,53	6.273	5,86	12.038	17,10	5.159	5,32	12.385	18,09
TRF2	10.124	10,98	18.009	30,51	11.352	12,39	18.689	32,80	12.348	11,37	17.621	27,60

Fonte: elaborado pelo autor.

É muito importante levar em conta que embora a interceptação telefônica possa ser determinada durante a investigação ou durante o processo, dificilmente o é após o oferecimento da denúncia. Essa afirmação não se baseia em dados empíricos, mas na dificuldade de compatibilizar o requisito constante do artigo 2º, inciso II da Lei 9.296/96, que exige, para a determinação da interceptação, de que não existam outros meios de prova disponíveis. Ora, se já existe elementos suficientes para fundamentar a denúncia, é porque existem outros meios de prova, afastando a possibilidade de determinação da interceptação durante o processo.

Assim, diante do fato de que a interceptação é determinada durante a investigação, estabelecer a relação entre os processos criminais novos (para os quais a investigação recém ocorreu) e as interceptações tem muito mais importância do que a relação entre os processos criminais em andamento.

24. JUSTIÇA EM NÚMEROS 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf]. Acessado em: 18.01.2019.
25. JUSTIÇA EM NÚMEROS 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf]. Acessado em: 18.01.2019.
26. JUSTIÇA EM NÚMEROS 2018: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf]. Acessado em: 18.01.2019.

Neste sentido é possível alguns números estarrecedores, como a relação de 0,78 processos criminais novos para cada interceptação telefônica no Tribunal de Justiça do Paraná no ano de 2015. Há mais interceptações (consideradas as interceptações telefônicas, VOIP e e-mail iniciais ou prorrogação) neste caso do que processos criminais novos.

Há, nos 3 anos expostos nos Quadros 8 e 9, (2015, 2016 e 2017) um total de 10 casos em que a relação entre o número de processos criminais novos e a quantidade de interceptações é inferior a 2, o que implica, estatisticamente, em uma interceptação para cada investigação.

Estabelecidas as relações entre quantidade de interceptações e população, bem como quantidade de interceptações e processos, é relevante comparar com os dados obtidos junto ao Escritório Administrativo das Cortes dos Estados Unidos.

4.4. Análise comparativa com os dados sobre interceptações nas Cortes dos Estados Unidos

Como foi dito anteriormente, a comparação com a Justiça dos Estados Unidos se justifica porque foi o principal país de referência utilizado pela CPI dos Grampos e, por se tratar de uma federação, tem uma configuração próxima à brasileira, que separa a justiça federal de cada um dos estados.

Segundo o Escritório Administrativo das Cortes dos Estados Unidos[27], no ano de 2015 foram realizadas 4.148 interceptações judicialmente autorizadas, das quais 1.440 de jurisdição federal, e 3.297 prorrogações, das quais 784 de jurisdição federal.

No ano de 2016 foram realizadas 3.168 interceptações, das quais 1.551 de jurisdição federal, e 2.096 prorrogações, sendo 1.007 de jurisdição federal.

No ano de 2017 foram realizadas 3.813 interceptações, das quais 2.013 de jurisdição federal, e 2.369 prorrogações, sendo 1.075 de jurisdição federal.

De acordo com o ordenamento norte-americano as interceptações só podem durar 30 dias e podem ser prorrogadas se necessário.

A primeira questão a ser levada em conta é que o número de interceptações no Brasil é muito maior que na Justiça dos Estados Unidos.

É possível elaborar um quadro simples, expondo a quantidade de interceptação no Brasil e nos Estados Unidos, bem como a diferença, de 2015 a 2017.

27. "Relatório de Interceptações". Disponível em: [https://www.uscourts.gov/statistics-reports/analysis-reports/wiretap-reports]. Acessado em: 18.01.2019.

Quadro 11 – Comparação entre a quantidade de interceptações de 2015 a 2017 no Brasil e nos Estados Unidos

Ano	Brasil	Estados Unidos	Diferença
2015	309.536	7.445	302.091
2016	290.832	5.264	285.568
2017	311.722	6.182	305.540

Fonte: elaborado pelo autor.

Outra questão a ser considerada é não apenas o fato de que os dados norte-americanos estão publicamente disponíveis por força de lei desde 1997, o que não é o caso brasileiro, que dependeu de iniciativa do CNJ, como a quantidade de informações disponibilizadas pelas Cortes dos Estados Unidos é bem maior.

Sem precisar alongar demais, basta dizer que o Escritório Administrativo das Cortes dos Estados Unidos disponibiliza todos os custos para realização das medidas de interceptação, ao passo que nem se fala sobre isso no Brasil.

Outra questão que parece mais simples, é que nos Estados Unidos a informação sobre o que é uma interceptação inicial e o que é uma prorrogação é muito clara, de tal forma que lá é possível verificar o quanto a interceptação na prática é usada com finalidade prospectiva.

No Brasil todas as interceptações são tratadas da mesma forma, não se divulgando quais são iniciais e quais são prorrogações, inviabilizando o controle do abuso a utilização da interceptação para fim de vigilância e não de investigação.

Para identificar de forma bastante imprecisa se no Brasil a interceptação é inicial ou uma prorrogação, é preciso verificar qual a relação entre Ofícios iniciais e Ofícios em andamento, quanto maior for o número de Ofícios em andamento, maior a probabilidade de que as interceptações estejam sendo prorrogadas, uma vez que a outra possibilidade é que os Ofícios em andamento incluam novas linhas não interceptadas no Ofício inicial.

Todavia, só é preciso realizar esse raciocínio porque o SNCIT não divulga de forma separada quais são as autorizações e quais são as prorrogações.

5. Conclusões

Ao final do presente trabalho, diante das análises quantitativa e comparativa dos dados sobre interceptações telefônicas, de VOIP e e-mails obtidos junto à Corregedoria Nacional de Justiça do CNJ, os dados sobre os processos criminais novos e em andamentos obtidos por meio dos Relatórios anuais denominado

"Justiça em Números" também junto à Corregedoria Nacional de Justiça do CNJ e os dados obtidos pelo "Estimativa de População Residente no Brasil e Unidades da Federação" anual divulgado pelo IBGE, é possível responder aos problemas de pesquisa estabelecido na introdução.

O primeiro problema era se, após uma década da aprovação do Relatório Final da CPI dos Grampos, seria possível a partir dos mecanismos de controle das interceptações criados realizar um diagnóstico da sua utilização. Trabalhou-se inicialmente com a hipótese de que ainda não é possível realizar um diagnóstico sobre a utilização da interceptação no Brasil.

Todavia, as análises dos dados demonstram que é possível, ainda que de forma não completa, realizar um diagnóstico do uso da interceptação no Brasil, ao menos que aponte a quantidade e mesmo sua relação com os dados de população e número de processos.

O segundo problema a ser respondido dizia respeito ao questionamento sobre o aumento ou diminuição da sua utilização a partir da identificação de abusos e ilegalidades pela CPI dos Grampos.

De fato, a CPI dos Grampos identificou abusos e ilegalidades, bem como indicou que sua atuação apontava para uma redução imediata do uso da interceptação. Em primeiro lugar, o número original de 409 mil interceptações afirmado pela CPI não se confirmou. Em segundo lugar, não apenas não houve uma redução das interceptações, como houve um considerável aumento total.

Houve uma clara diferença de tendência entre a Justiça Federal que após 2010 apenas reduziu a utilização da interceptação, ao passo que a Justiça Estadual, de forma geral, consolidou um aumento constante ano a ano até a primeira redução considerável no ano de 2018, mas que ainda precisa de mais tempo para verificar se essa tendência se confirmará.

Por outro lado, a comparação com os números das interceptações das Cortes dos Estados Unidos pelo Escritório Administrativo das Cortes dos Estados Unidos revela que (1) em comparação ao Brasil, os Estados Unidos usam algo inferior a 3% das interceptações brasileiras e (2) o nível de informação divulgado pelas Cortes Norte Americanas é muito mais preciso, sendo necessário ao menos que o Brasil passe a divulgar quais interceptações são prorrogações e os custos com as medidas.

6. Referências

BADARÓ, Gustavo. A busca da verdade no processo e os seus limites: ainda e sempre o problema da duração do prazo da interceptação telefônica. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires e MIRZA, Flávio (orgs.) *Interceptação telefônica*: os 20 anos da Lei nº 9.296/96. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BOTTINO DO AMARAL, Thiago e CYRINO, André Rodrigues. Memorial apresentado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.145. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires e MIRZA, Flávio (orgs.) *Interceptação telefônica*: os 20 anos da Lei nº 9.296/96. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 557-585.

BRASIL. Exposição de Motivos no procedimento de tramitação do Projeto de Lei nº 1156/95 integralmente digitalizado, disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4C5E35F730FB6B9CF106641707E5A8BE.proposicoesWebExterno2?codteor=1133285&filename=Dossie+-PL+1156/1995]. Acessado em: 24.01.2019.

BRASIL. Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito que investigou as escutas clandestinas/ilegais de 12 de maio de 2009. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpiescut/relatorio-final-aprovado/Relatorio-Final-Versao-Final.pdf]. Acesso em: 21.12.2017, doravante denominado simplesmente Relatório.

BRASIL. Estimativa de população residente no Brasil e Unidades da Federação com data de referência 1º de julho de 2015. Rio de Janeiro. IBGE. Disponível em: [ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2015/estimativa_dou_2015_20150915.pdf]. Acessado em: 18.01.2019.

Brasil. Estimativa de população residente no Brasil e Unidades da Federação com data de referência 1º de julho de 2016. Rio de Janeiro. IBGE. Disponível em: [ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2016/estimativa_dou_2016_20160913.pdf]. Acessado em: 18.01.2019.

BRASIL. Estimativa de população residente no Brasil e Unidades da Federação com data de referência 1º de julho de 2017. Rio de Janeiro. IBGE. Disponível em: [ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2017/estimativa_dou_2017.pdf]. Acessado em: 18.01.2019.

BRASIL. Estimativa de população residente no Brasil e Unidades da Federação com data de referência 1º de julho de 2018. Rio de Janeiro. IBGE. Disponível em: [ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2018/estimativa_dou_2018_20181019.pdf]. Acessado em: 18.01.2019.

BRASIL. Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf]. Acessado em: 18.01.2019.

BRASIL. Justiça em números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf]. Acessado em: 18.01.2019.

BRASIL. Justiça em números 2018: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf]. Acessado em: 18.01.2019.

MORAIS DA ROSA, Alexandre e MINAGÉ, Thiago. O jogo (sujo) na interceptação: compartilhamento e barriga de aluguel. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires e MIRZA, Flávio (orgs.) *Interceptação telefônica*: os 20 anos da Lei nº 9.296/96. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SANTORO, Antonio E. R.; TAVARES, Natália L. F.; GOMES, Jefferson C. O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. vol. 3, n. 2, p. 605-632. Porto Alegre, mai.-ago. 2017. [https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.76].

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A interceptação telefônica no contexto dos maxiprocessos no Brasil: uma análise quantitativa e qualitativa dos dados entre 2007 e 2017, de Natália Lucero Frias Tavares, Anderson Affonso de Oliveira e Antonio Eduardo Ramires Santoro – *RBCCrim* 143/89-116 (DTR\2018\12744);
- Grampo telefônico, sem autor – *RIASP* 31/439-450 (DTR\2013\6480); e
- Interceptação telefônica e obscurantismo inquisitório: o que aprender com a Lava Jato?, de Leonardo Augusto Marinho Marques – *RBCCrim* 122/205-227 (DTR\2016\22990).

Dado informático como fonte de prova penal confiável(?): apontamentos procedimentais sobre a cadeia de custódia digital

Computer data as reliable source of criminal evidence(?): notes procedural on the chain of custody digital

Carlos Hélder C. Furtado Mendes

Doutorando e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2018). Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra e pelo IBCCrim (2017). Advogado Criminalista.
carloshmendes@gmail.com

Recebido em: 29.01.2019
Aprovado em: 15.03.2019
Última versão do autor: 12.04.2019

Áreas do Direito: Penal; Processual; Digital

Resumo: O presente estudo se ocupa em discorrer sobre as peculiaridades da preservação do dado informático para que este sirva como fonte de prova confiável ao processo penal. A comprovação da preservação dos elos que compõem a cadeia de custódia da prova digital se faz necessária tendo em vista que, diante da sua não comprovação como etapa final do procedimento probatório, é possível sustentar a inadmissibilidade do dado digital como fonte de prova confiável. Portanto, a partir do método bibliográfico foi abordado o conceito e as características do que se entende por prova penal digital. Também se mostrou importante o destaque às potenciais fragilidades do dado informático quanto a sua manipulação como fonte de prova penal, posto que a aquisição do dado informático sem os devidos cuidados poderá corromper sua natureza e, consequentemente, sua confiabilidade. Por fim, especificamente quanto à preservação dos elos da cadeia de custódia, discorreu-se – a partir da

Abstract: The present study focuses on the peculiarities of the preservation of computer data so that it serves as a reliable source of proof for the criminal process. Evidence of the preservation of the links that make up the chain of custody of the digital proof is necessary because, given its lack of proof as the final stage of the probative procedure, it is possible to support the inadmissibility of the digital data as a reliable source of proof. Therefore, from the bibliographic method, the concept and characteristics of what is understood by digital criminal evidence was addressed. It was also important to highlight the potential fragilities of the computer data regarding its manipulation as a source of criminal evidence, since the acquisition of computer data without proper care can corrupt its nature and consequently its reliability. Finally, specifically regarding the preservation of the links of the chain of custody, it was discussed – from the specialized doctrine in forensic computation – about

doutrina especializada em computação forense – acerca dos procedimentos e registros da análise do dado digital a partir da função *hash* e outras que permitem a verificação da integridade ou o critério de "mesmidade" exigido entre as provas penais colhidas e valoradas.

Palavras-chave: Dado informático – Fonte de prova – Prova digital – Aquisição da prova – Cadeia de custódia digital.

the procedures and records of the analysis of the digital data from the *hash* function among others that allow the verification of the integrity or the criterion of "sameness" required between the criminal evidence collected and valued.

Keywords: Computer data – Source of evidence – Digital proof – Acquisition of proof – Chain of digital custody.

Sumário: 1. Introdução. 2. A prova penal digital: conceito e características. 3. Aquisição da fonte de prova digital. 4. A preservação da cadeia de custódia digital: a necessária comprovação do dado informático como fonte de prova confiável. 5. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

O dado informático – como elemento capaz de contribuir para a instrução probatória devido a quantidade e qualidade de informação que contém – torna-se cada vez mais objeto perquirido por medidas probatórias voltadas à sua aquisição e à incorporação ao processo penal. Embora seja notável a influência técnica e tecnológica no âmbito do Direito Processual Penal, o que se observa é que a legislação brasileira[1] acerca do tratamento probatório dos dados digitais visados – tanto na sua aquisição quanto na sua preservação – não demonstra avanço adequado referente ao necessário estabelecimento de diretrizes procedimentais.

Dessa forma, o presente artigo se propõe a responder à seguinte pergunta problema: como assegurar a confiabilidade necessária para que o dado informático seja admitido como fonte de prova penal?

É certo que em virtude da dinamicidade das mudanças tecnológicas, tal pergunta não tem apenas uma única resposta, e por tal fato é que o presente texto sugere apontamentos procedimentais. Todavia, a pesquisa se justifica justamente por seu ineditismo, que visa suprir uma lacuna até então existente, colocando-se como ponto de partida para que aprimoramentos técnicos possam garantir, em

1. Lei 9.296/1996; Lei 11.419/2006; PLS 330/2013; Lei 12.850/2013; Lei 12.965/2014; PL 5.276/2016; PL 8.045/2010.

definitivo, a confiabilidade e a integridade da fonte de prova penal digital, bem como a "mesmidade" desta com a prova penal valorada pelo julgador ao final da instrução probatória.

Desse modo, o primeiro capítulo se destina às premissas iniciais acerca do que vem a ser, de fato, a prova penal digital, desde as implicações que esse conceito acarreta para o instituto probatório, passando por suas características peculiares que certamente a diferencia em essência das provas físicas por vezes passíveis de buscas e apreensões. Aliás, a diferenciação de ambas as espécies de provas, digitais e físicas, é ponto fulcral do debate, porquanto que a utilização análoga da legislação de buscas e apreensões de provas físicas acarreta prejuízos na manutenção da integralidade do dado digital como objeto pretendido pelos investigadores. Ou seja, a prova penal digital com sua cientificidade singular, decorrente de estudos de computação forense, possui metodologia e princípios correspondentes à sua aquisição ou coleta segura, de modo que se mostra inadequada a utilização de leis por analogia.

O segundo capítulo, por sua vez, volta-se aos esclarecimentos acerca da aquisição da fonte de prova digital. A partir da revisão bibliográfica, buscou-se elencar requisitos aplicáveis às técnicas de obtenção de fonte de prova digital, tanto aquelas que se voltam a busca e a apreensão do suporte físico ou dispositivo eletrônico-digital como a busca de *fontes* digitais propriamente ditas por meio de *softwares* especializados. Ademais, as diretrizes normativas – como se verá – também servem para impor maior controle aos investigadores especialistas quando da procura e recolha das fontes de provas digitais. De tal sorte, também se elencou alguns pressupostos da atividade de aquisição se utilizando, exemplificativamente, o caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, julgado pela Corte Norte-Americana.

Por fim, no terceiro capítulo se buscou ressaltar a importância da documentação e do registro dos procedimentos, cronologicamente guiados, de análise do material probatório recolhido, para que somente após todo esse processamento a informação decorrente do dado digital seja inserida no processo penal, por meio de relatório técnico produzido que servirá para sustentar as hipóteses acusatórias ou defensivas. Contudo, ponto que merece destaque no presente capítulo é a importância do contraditório como técnica de aprimoramento e saneamento procedimental que, somente após o seu exercício, torna a informação – decorrente da fonte de prova digital – admissível para ingressar no processo penal e permitir que desta se extraia elementos probatórios capazes de fundamentar – legitimamente – uma decisão final de mérito.

2. A prova penal digital: conceito e características

Diante do cenário global criado a partir do domínio de tecnologias de informação e comunicação, mudanças adaptativas às ciências jurídicas são impostas. Esse cenário expôs a crise das normas e princípios tradicionais de modo a se exigir inovações em todos os ramos do direito[2]. No Direito Processual Penal não poderia ser diferente.

Como explica Salt[3], os avanços tecnológicos permitem a utilização de mecanismos poderosos de investigação na obtenção de informações relevantes para processos penais. São inovações técnicas e tecnológicas de investigação que demandam conhecimentos específicos, tendo em vista que de tais investigações se possa recolher *fontes* cuja função é proporcionar o conhecimento de informações cada vez mais fidedignas e relevantes ao processo penal. *Fontes* de prova que, quando colhidas em ambiente digital ou informático, em virtude da complexidade metodológica e científica, também ostentam a característica do que se denomina de prova científica.

Antes de mais nada, entende-se por prova científica um fenômeno complexo, articulado e diversificado em suas múltiplas formas de manifestação. Para Dominioni,[4] trata-se de uma operação probatória pela qual, no momento de admissibilidade, de assunção e valoração, são usados instrumentos científicos e técnicos, ou seja, princípios e metodologia científica, métodos tecnológicos, aparatos técnicos cujo uso requer expertise. E sobre esse prisma é que se deve evitar a excessiva valorização construída a partir do mito da confiabilidade inquestionável das provas científicas, portanto, fazendo necessário o estabelecimento de critérios de controle para a recolha e manutenção da qualidade da prova, que, no presente estudo, trata-se da prova digital.

---

2. SALT, Marcos. *Nuevos desafios de la evidencia digital*: acceso transfornterizo y técnicas de acesso remeto a datos informáticos. Buenos Aires: Ad-hoc, 2017. p. 11.
3. Idem.
4. DOMINIONI, Oreste. *La prova penale scientifica*: gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione. Milano: Giufrré, 2005. p. 12. "espressione ellittica, che, esplicitata nei suoi contenuti, designa un complesso fenomeno, articolato e diversificato in molteplici forme di manifestazione. In generale si può dire che si trata di operazioni probatorie per le quali, nei momenti dell'ammissione, dell'assunzione e della valutazione, si usano strumenti di conoscenza attinti alla scienza e alla tecnica, cioè a dire principi e metodologie scientifiche, metodiche tencologiche, apparati tecnici il cui uso richiede competenze esperte".

Nesse ínterim é que se traz à baila a prova científica como gênero daquilo que denominar-se-á prova digital. Não por outra razão, mas pela exigência fundante de conhecimentos específicos de ciência da computação forense, que em definitivo se apresenta como uma disciplina científica aplicada para atender a princípios de identificação, coleta, preservação e análise de (*fontes* de) provas, buscando-se, assim, garantir a admissibilidade da prova em processos judiciais[5].

No entanto, a tentativa da definição de um conceito acerca do que é verdadeiramente uma prova digital, embora relevante, trata-se de um trabalho árduo, pois se apresenta pendular entre a inoperatividade de um conceito possivelmente abstrato e a curta duração da força conceitual decorrente dos constantes avanços tecnológicos[6].

Por vezes, poderá haver confusão entre as definições acerca das provas de natureza digital e aquelas de origem eletrônica, contudo, há que se fazer a dissociação entre ambas. Para Delgado Martín[7], prova eletrônica é "toda informação de valor probatório contida ou transferida por um meio eletrônico", ou seja, qualquer classe de informação que possa ser produzida, armazenada ou transmitida por meios eletrônicos e que possa ter relevância para os fatos investigados.

Tal conceito engloba tanto as provas em formato digital como aquelas em formato analógico, como gravações em vídeo e áudio ou fotografias que, embora digitalizáveis, não tenham origem em formato digital[8]. O termo digital, segundo Ramalho[9], embora associado a tecnologias que utilizam a lógica binária, é mais amplamente vinculado à informática, e por este último aspecto é acertada a denominação de provas eletrônico-digitais, por demonstrar a subespécie (digital) da prova eletrônica em formato digital.

De acordo com Daniele[10], trata-se de "imaterialidades conceitualmente correspondentes a impulsos elétricos que se manifestam em uma sequência

5. WALKER, Cornell. *Computer forensics*: bringing the evidence to court. Acesso em: jun. 2018. Disponível em: [www.infosecwriters.com/text_resources/pdf/Computer_Forensics_to_Court.pdf]. p. 1.
6. RAMALHO, David Silva. *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 98-99.
7. DELGADO MARTIN, Joaquin. La prueba electronica en el proceso penal. *Diario La Ley*, n. 8.167, Sección Doctrina, 10.10.2013, año XXXIV, Editorial La Ley. p. 1.
8. RAMALHO, David Silva. Op. cit., p. 99.
9. Ibidem, p. 101.
10. DANIELE, Marcelo. La prova digitale nel processo penale. *Rivista di Diritto Processuale,* anno LXVI (Seconda Serie), n. 2, Marzo-Aprile 2011. p. 284. "Di fronte alle prove

numérica pré-estabelecida e que são transmitidos em um suporte de computador com capacidade de memorização".

A definição daquilo que é chamado de prova digital, por vezes, faz-se a partir de suas características principais. A imaterialidade como característica da prova digital, por exemplo, dá-se pela informação de dados em *bits* sequenciais, que, embora sua existência independa de um suporte físico, necessita de um transportador. O suporte físico tecnológico é necessário para que a torne percebível, mas a prova digital não se resume nem se limita ao seu suporte[11].

É justamente por tal fato que a prova digital também se caracteriza pela sua volatilidade e fragilidade. A primeira se relaciona inversamente com a perenidade da prova, há uma facilidade de desaparecimento característica da prova digital que resulta da ocorrência de eventos como falta de bateria do dispositivo eletrônico, a gravação de informações novas em substituição às mais antigas, ou pelo simples fato de tais *fontes* de prova se tratarem de arquivos temporários[12]. Contudo, cabe ressaltar – conforme Vaz[13] – que a não durabilidade não é característica de toda prova digital, tendo em vista que os dados informáticos são armazenados em suportes eletrônicos por vezes submetidos a técnicas de preservação capazes de tornar a *fonte* probatória em uma fonte permanente.

Quanto à fragilidade, tal característica se relaciona com a grande possibilidade de contaminação dos dados que se pretende coletar, de tal modo que com a impropriedade do método de recolha utilizado se pode alterar suas características ou seu estado, e com isso comprometer o material probatório[14]. Para evitar tal risco se atenta para a impossibilidade de fazer uso de analogias para o tratamento

---

digitali i processualisti si trovano a disagio, in quanto sono abituati a pensare alle prove come a degli oggetti fisici, dotati di un'evidente corporeità. Le prove digitali si presentano, invece, come entità immateriali. Ciò non significa che esse non abbiano una loro fisicità: concettualmente si tratta di impulsi elettrici che rispondono ad una sequenza numerica prestabilita e che, convogliati in un supporto informatico dotato di una memoria, originano informazioni intellegibili. È, però , una fisicità che, in assenza del supporto, non puo` essere percepita come tale".

11. Nesse sentido, DANIELE, Marcelo. Op. cit., p. 284 e RAMALHO, David Silva. *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 104.
12. RAMALHO, David Silva. Op. cit., p. 104.
13. VAZ, Denise Provasi. *Provas digitais no processo penal*: formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. p. 67.
14. SALT, Marcos. *Nuevos desafios de la evidencia digital*, cit., p. 33.

das provas digitais a partir do regime legislativo regulador de provas físicas. Requer-se, além dos requisitos formais para a utilização de mecanismos de meios de investigação de prova, normas que contemplem as peculiaridades da prova digital, tais quais a garantia da fidedignidade na sua coleta e a preservação de sua cadeia de custódia[15].

Nesse sentido aponta Vaz para a necessária previsão e especificação de medidas investigativas e cautelares probatórias para que possibilite a coleta em tempo adequado e oportuno, de modo a considerar principalmente a elevada alterabilidade da *fonte* de prova digital e o perigo da sua volatilização[16].

3. Aquisição da fonte de prova digital

Todo o agir diário, voluntária ou involuntariamente, é registrado por diferentes formas de tecnologia de informação. Das mais diversas maneiras se conservam todos esses registros de vida em dispositivos de armazenamento de dados. Conforme Salt[17], os sistemas informáticos – principalmente a partir da denominada "internet das coisas" – constituem uma fonte inestimável de potenciais provas utilizáveis para a averiguação dos fatos históricos no marco processual penal. Para o autor, as tecnologias da informática utilizadas no aprimoramento das investigações penais geram, assim, uma mudança de paradigma no Direito Processual Penal quanto às normas procedimentais diante dessa nova realidade.

Essa mudança de paradigma não tem sido bem acompanhada pelo enquadramento dogmático e legislativo que tendencialmente propõe uma redução da complexidade temática. Primeiramente, é fundamental entender – em grau maior de importância – que além dos requisitos aplicáveis a cada técnica de obtenção da prova digital, trata-se de grande relevância a verificação da preservação da integridade da prova recolhida e a sua efetiva capacidade de demonstração da realidade a qual se propõe provar (*objeto* da prova)[18]. Desse modo, como as técnicas forenses de recolha da prova não são facilmente compreendidas pelos sujeitos processuais, somados a tais requisitos, também carecem de relatórios técnicos desenvolvidos e da possibilidade de comprovação da adequação dos métodos utilizados.

15. RAMALHO, David Silva. Op. cit., p. 104.
16. VAZ, Denise Provasi. Op. cit., p. 77.
17. SALT, Marcos. *Nuevos desafios de la evidencia digital,* cit., p. 25.
18. RAMALHO, David Silva. Op. cit., p. 93.

Quanto aos meios utilizados no procedimento de aquisição do material probatório digital, são destacados por Salt a preservação rápida de dados, a retenção de dados de tráfego de comunicação e, por fim, a "busca e apreensão" de dados informáticos[19]. A preservação rápida de dados é medida útil em face da volatilidade e fragilidade característica da prova digital, volta-se tanto para a preservação de dados de informação quanto aos dados de tráfego de comunicações. Atende à preservação de dados já existentes em algum suporte físico eletrônico, seja em sistema informático privado, seja público, de pessoa física ou jurídica.

Imagine-se um caso cujos órgãos de investigação penal tenham conhecimento da comunicação eletrônico-digital entre dois suspeitos da prática delitiva. Na medida em que se volta para evitar a perda de material probatório devido à fragilidade e volatilidade, e desse modo a evitar a frustração da instrução processual, tem-se por evidente seu caráter cautelar. Segundo Salt, seria possível que o Delegado de Polícia ou o órgão Ministerial requeresse que tais dados fossem conservados por um tempo até obtida ordem judicial para acessar o conteúdo pretendido[20].

É nesse aspecto que se estabelece a diferença entre a *preservação* rápida de dados e a *retenção* dos dados de tráfego. Esta última consiste na obrigatoriedade imposta aos provedores de serviços de *internet*, a conservar, entregar informações ou dados de tráfego de comunicação por determinado lapso temporal sem qualquer necessidade prévia ou para atender a qualquer investigação específica[21]. O que é característico de vigilâncias informáticas ou investigações prospectivas.

Não é difícil perceber que tal medida se apresenta muito mais intrusiva à privacidade e à intimidade dos cidadãos quando comparada à *preservação dos dados*, principalmente por retirar os limites às investigações e à produção probatória impostos pelas normas constitucionais e convencionais.

Quanto à "busca e apreensão" de dados informáticos, dá-se no contexto de uma investigação criminal específica e consiste justamente na cópia ou sequestro de dados possivelmente úteis à constatação do objeto probatório[22]. Pela falta de regulação específica, por vezes tal ferramenta é empregada de maneira análoga

19. SALT, Marcos. *Tecnologia informática*: un nuevo desafio para el derecho procesal penal?. Disponível em: [https://drive.google.com/file/d/0BxHBGMLx4HZGbzhJQ0ozMFhYYXc/view]. Acesso em: jun. 2018. p. 9.
20. Idem.
21. Ibidem, p. 10.
22. SALT, Marcos. *Nuervos desafios de la evidencia digital*, cit., p. 39.

à busca de provas físicas, o que como já afirmado, nem sempre apresenta soluções adequadas ou o respeito necessário a garantias referentes à procura específica das *fontes* de prova digital, bem como a conservação e o manuseio do material colhido.

O procedimento de busca probatória em se tratando de provas digitais, segundo Kerr,[23] é dividido na maioria das vezes em dois estágios. O primeiro voltado para a busca dos aparelhos ou dispositivos eletrônico-digitais de armazenamento de informação, ou seja, qualquer suporte físico que armazene dados com suposta relevância para a investigação criminal. O segundo, por sua vez, é a busca das *fontes* de provas digitais propriamente dita, cuja cópia integral e perfeita (*image*) do dispositivo se impõe para que – somente após – se possa identificar as provas relevantes e descritas na ordem jurisdicional. Uma vez obtido o acesso ao dispositivo informático, a busca por *fontes* probatórias através de *softwares* forenses incide na cópia autêntica ou *image* do dispositivo[24].

É possível afirmar que esse procedimento em dois estágios é uma maneira até então usual de obtenção da prova digital, na qual se faz necessário um prévio e legítimo acesso ao suporte físico cuja *fonte* probatória está armazenada. Esse procedimento sofre uma mudança significativa decorrente da influência direta das novas tecnologias de comunicação e informação. Assim, novos instrumentos de recolha de material probatório digital[25] surgem gradualmente e permitem através da distância que se capture a informação relevante para a investigação, seja aquela armazenada em um sistema informático, seja em circulação pela *internet*[26].

23. KERR, Orin S. *Executing warrants for digital evidence*: the case for use restrictions on nonresponsive data. Texas Tech School of Law Criminal Law Symposium, The Fourth Amendment in the 21st Century, on April 17, 2015. p. 6-10. Disponível em: [http://texastechlawreview.org/wp-content/uploads/Kerr.PUBLISHED.pdf]. Acesso em: jun. 2018. É preciso destacar que a realidade investigada pelo autor é a prática norte-americana, na qual a Quarta Emenda Constitucional é levada em consideração para o uso e restrições às buscas em dispositivos eletrônicos com o objetivo de obter dados de informação relevante para o processo penal. Ademais, o autor enfrenta a problemática da possibilidade de mandados cumpridos de forma genérica. Essa é uma outra discussão fundamental, mas em que pese a relevância, pelo espaço limitado não poderia ser aprofundado com o rigor necessário.
24. No mesmo sentido WALKER, Cornell. Op. cit., p. 1.
25. O que se quer denominar de material probatório digital é o conjunto de dados que são recolhidos diante de uma investigação criminal para a posterior identificação de *fontes* de provas relevantes ao processo penal.
26. SALT, Marcos. *Nuevos desafios de la evidencia digital*, cit., p. 53.

Não que um procedimento exclua o outro, mas existem peculiaridades na atividade probatória que merecem uma atenção e uma adequação procedimental para aumentar sua efetividade. Portanto, constata-se que a investigação informática se divide em duas grandes categorias, sendo diferenciadas pela estaticidade ou dinamicidade da atividade[27]. Categorias distintas denominadas por Torre de *indagini palesi* e *indagini occulte*, cuja diferença fundamental é que a primeira se trata de atividade investigativa ostensiva efetuada fisicamente sob um suporte material de memorização de informações digitais com uso de instrumentos de recolha de prova essencialmente típico; e a segunda se pauta na atividade de aquisição de informações por acesso remoto. Em outras palavras, investigações informáticas *off-line* e *on-line*[28].

De maneira semelhante aduz Delgado Martin[29], o autor afirma existir uma multiplicidade de instrumentos e elementos tecnológicos que determinam certa heterogeneidade nas formas de aquisição da *fonte* de prova. A primeira delas é o já destacado acesso ao conteúdo do sistema a partir da apreensão do equipamento material ou dispositivo eletrônico (investigação *off-line*). Haverá também a possibilidade de se ter acesso às informações pretendidas, contidas em um sistema digital, sem a necessária apreensão do seu suporte físico, cuja denominação é "busca remota" (*remote search*).

Destaca-se ainda a modalidade de coleta dos materiais probatórios digitais por meio do acesso a um sistema ou servidor alvo a partir de outro sistema já previamente acessado, seja pela forma tradicional, seja por via remota. Por fim, Delgado Martin aponta a peculiar espécie de aquisição probatória por meio do acesso a registros transfronteiriços, ou seja, dados armazenados em sistemas informáticos situados fora do território nacional[30].

Contudo, apesar das múltiplas formas de aquisição do dado digital, este somente servirá como *fontes de prova digital* quando houver a possibilidade de, a partir da aquisição, comprovar a confiabilidade e integralidade da prova.

A convenção de Budapeste – a qual o Brasil não é signatário –, por exemplo, cuja pretensão é dispor sobre medidas de combate ao cibercrime, prevê em seu artigo 19 a possibilidade da busca e apreensão de dados de computador. Chama

27. TORRE, Marcos. *Il captatore informático*: nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali. Giufrré, 2017.
28. TORRE, Marco. Op. cit., p. 12.
29. DELGADO MARTIN, Joaquin. Op. cit., p. 3.
30. Idem.

atenção o fato de tal ordenamento estabelecer a possibilidade da busca e recolha de dados tanto em sistemas de computador como outros meios de armazenamentos de dados.

Em ambos os casos, o texto convencional impõe ao Estado signatário que se digne a regulamentar, por medidas legislativas e outras cabíveis, a garantir a necessária capacitação dos seus agentes para a atividade de apreensão e proteção de dados de computador acessados. De modo que a tais medidas serão incluídos

> "o poder de apreender ou similarmente proteger um sistema de computador, parte dele, ou um meio de armazenamento; fazer e manter uma cópia desses dados de computador; manter a integridade dos dados armazenados considerados relevantes; e tornar inacessível ou remover os dados do sistema."[31]

Ressalta-se que ao especialista forense não caberá elaborar juízos valorativos sobre as informações ou *fontes* de prova coletadas. Restringir-se-á unicamente a princípios estabelecidos e metodologia adotada, não contemplando as conclusões decorrentes da análise, de modo que a prova digital se apresente como relevante, resultante de um método e com garantia assegurada de validação[32].

Ainda que definida a ferramenta que se utilize para a aquisição de dados possivelmente úteis à investigação de determinado caso penal, o risco do manuseio de dados ou informações alheias aos fatos investigados por parte dos agentes do Estado é alto, principalmente por não haver limites claramente definidos para o controle das chamadas buscas subjetivas[33]. Ademais, existe uma imensa possibilidade de a *fonte* probatória estar misturada a arquivos ou informações irrelevantes aos fatos investigados, originando-se um risco prejudicial à confidencialidade

31. Convention on Cybercrime, Budapest, 23.XI.2001 – Article 19 – Search and seizure of stored computer data: 3 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to empower its competent authorities to seize or similarly secure computer data accessed according to paragraphs 1 or 2. These measures shall include the power to: a) seize or similarly secure a computer system or part of it or a computer-data storage medium; b) make and retain a copy of those computer data; c) maintain the integrity of the relevant stored computer data; d) render inaccessible or remove those computer data in the accessed computer system (Disponível em: [www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/libe/dv/7_conv_budapest_/7_conv_budapest_en.pdf]).
32. WALKER, Cornell. Op. cit., p. 5.
33. KERR, Orin S. Op. cit. O autor se refere à ausência de limites legais, bem como à ausência de limites estabelecidos pela própria jurisprudência quanto à matéria.

de terceiros alheios às investigações[34]. Nesse aspecto é que se impõe uma restrição maior ao uso de informações ou conhecimentos ocasionalmente encontrados sem a prévia suspeita.

Mais ainda, impõe-se a exigência de cautelas básicas de controle para evitar abusos por parte dos agentes estatais[35], afinal de contas, a promiscuidade do dado[36] como característica da investigação informática decorre justamente da heterogeneidade de dados acessados em um sistema informático. Heterogeneidade marcada pelas distintas naturezas dos dados acessados, que podem ser considerados irrelevantes, relevantes para o caso ou constitucionalmente sensíveis (dados pessoais referentes a convicção religiosa, filosófica, política, sexual etc.).

Alguns requisitos úteis à preservação da confidencialidade são destacados por Daniele[37], mas não se mostram suficientes para uma tutela efetiva. A proposta do autor perpassa por estabelecer em rol taxativo as infrações penais passíveis de serem apuradas por determinados métodos tecnológicos, bem como indícios suficientes de autoria e materialidade do cometimento de qualquer destas infrações.

Evidentemente, por se tratar de uma restrição a direitos fundamentais, impõe-se como requisito a reserva jurisdicional. Além da justificação e motivação constitucionalmente imposta, a restrição às buscas subjetivas do agente estatal pode ser possível mediante imposição de um protocolo de busca (*search protocol*)[38] ainda em sede de ordem judicial.

---

34. DANIELE, Marcelo. Op. cit., p. 288. "Le indagini informatiche, dunque, sono sempre potenzialmente in grado di pregiudicare la riservatezza degli individui. La loro capacità lesiva della privacy è addirittura superiore a quella delle intercettazioni; queste ultime si limitano a carpire le informazioni che la persona intercettata ha deciso di rivelare ad altri, mentre l'analisi dei sistemi informatici e delle reti possono rivelare il contenuto di intere esistenze: abitudini, opinioni politiche, preferenze di ogni genere. In ogni caso, dati riservati che nulla hanno a che fare con la comissione dei reati, e che sono facilmente divulgabili proprio grazie alle tecnologie informatiche e ad internet, in grado di renderle conoscibili da un numero sterminato di persone".
35. VELASCO NUÑEZ, Eloy. Limites a las investigaciones y a la prueba en el proceso penal. *Delitos tecnológicos*: definición, investigación, y prueba en el proceso penal. Madrid: Editorial Jurídica Sepín, 2016. p. 20.
36. TORRE, Marco. *Il captatore informatico*: nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali. Giuffré, 2017. p. 9. Promiscuidade do dado referida pelo autor decorre da diversidade de sua natureza, facilidade e rapidez em sua circulação, desmaterialização e duplicabilidade em seu suporte.
37. DANIELE, Marcelo. Op. cit., p. 288.
38. KERR, Orin S. Op. cit., p. 8.

Acredita-se que tal imposição para ser obrigatória deverá ser requisito também exigido por força de lei[39], de modo que ao legislador se inflige o dever de determinar um procedimento que busque o equilíbrio entre a proteção da privacidade e intimidade e os interesses legítimos da persecução criminal quanto à obtenção dessas *fontes* probatórias. Vislumbra-se também a necessária intervenção legislativa "desejável, clara e inequívoca"[40] para punir de forma rigorosa agentes que desvie a finalidade do tratamento de dados recolhidos na atividade investigativa.

Em caso da existência de suporte(s) físico(s) de armazenamento das *fontes* de prova objetos da pretensão investigativa, também se faz fundamental sua identificação e determinação prévia ainda em decisão judicial. A determinação e identificação dos dispositivos físicos alvo da medida se mostra como requisito que, além de proteger, em certo grau, a privacidade ou confidencialidade do investigado e de terceiros, fornece um direcionamento aos agentes do Estado quanto à procura de determinado dispositivo informático alvo de apreensão, ou até mesmo alvo da *remote search*.

A identificação dos dispositivos otimiza a busca, ao passo que se mostra demasiado relevante quando levado em consideração o risco de perecimento das *fontes* de provas digitais, seja pela fragilidade característica da própria *fonte* – uma vez que a exclusão de arquivos pode ser uma programação automática do próprio sistema informático –, seja pelos possíveis riscos de sabotagem à investigação proporcionada pelo investigado[41].

Além de diminuir a possível perda de fontes relevantes para a apuração dos fatos, estabelecer um foco ao investigador especialista é primordial para uma investigação ao mesmo tempo eficiente e efetiva. Por evidente que um foco determinado também se evita a recolha de um volume excessivo de material irrelevante à investigação, bem como se reduz os danos causados à intimidade, privacidade e autodeterminação informativa do sujeito investigado.

Como dito, para a coleta da *fonte* de prova digital é imprescindível que o investigador tenha conhecimentos específicos em Ciência Forense Digital. De acordo

39. Destaca Orin Kerr que tal imposição ainda não é obrigatória, muito menos pacífica no entendimento das Cortes Americanas.

40. TORRE, Marco. *Il captatore informatico*: nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali. p. 10.

41. LUND, Paul. An investigator's approach to digital evidence. *Digital evidence and Electronic Signature Law Review,* v. 6, 2009. p. 220.

com Lund[42], é tão importante uma compreensão abrangente de conhecimentos técnicos quanto o conhecimento dos objetivos da investigação, pois o especialista atuará com instrumentos e procedimentos apropriados que o possibilitem, por exemplo, a recuperação de arquivos excluídos, registros de contas, entre outras informações possivelmente utilizadas, bem como a proteção de tudo aquilo colhido, a demonstração da validação (através da função *hash*), confiabilidade e não contaminação de dados e arquivos[43]. Trata-se de garantir o que Walker[44] denomina de *cleanliness* dos dados coletados, ou seja o aspecto "puro" ou a "pureza" dos dados para a validação da informação a ser extraída.

Além de determinar "onde procurar?" as fontes, outros desafios também são impostos pela complexidade da matéria, dentre os quais – afora a admissibilidade da prova – "quais técnicas utilizar?". Walker, com o auxílio de Ryan e Shpantezer, afirma ainda que o especialista forense deve considerar tanto as normas legais, por evidente, como alguns pressupostos essenciais para que a prova digital não seja inutilizada.

Tais pressupostos citados pelo autor foram firmados pela Corte Norte-Americana como *Rule 702 of the Federal Rules of Evidence* decorrente do julgamento no caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, sendo a própria Corte a sugerir que fossem considerados fatores como "testes prévios das teorias e técnicas empregadas pelo especialista científico", "se houve revisão por outros especialistas", "taxas de erros", "a sujeição da técnica utilizada aos *standards* definidos" e "se as técnicas e teorias aplicadas pelo especialista possui grande aceitação"[45].

---

42. Idem. "Need to provide a focus to any forensic examination of digital information, and to integrate it with more traditional forms of investigation to enable digital evidence to be searched effectively. Material that is recovered increases in volume exponentially. As the proportion of irrelevant material increases, so do the chances of missing relevant evidence if investigators have failed to follow traditional investigative methods, such as researching the background and speaking to appropriate employees and others who have relevant information".

43. RAMALHO, David Silva. Op. cit., p. 103.

44. WALKER, Cornell. *Computer forensics*: bringing the evidence to court. p. 1.

45. WALKER, Cornell. *Computer forensics*: bringing the evidence to court. p. 4. "In ruling on the Daubert case, the Court held that Rule 702 of the Federal Rules of Evidence, adopted in 1973, supplanted Frye. Rule 702 provides: "If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise. [...] In other words, the court gave its suggestion of several factors to be considered: a)

Como salienta Gascon Abellan[46], não é que toda fonte de prova que se diga científica (e aqui a prova digital) deva cumprir todos os critérios mencionados, tais servem para que o julgador penal analise a prova de maneira mais acentuada, de modo que provas científicas que por vezes não são substancialmente questionadas assim se tornem. É preciso desmitificar a perfeição da prova cientifica e adequá-la aos postulados processuais penais que impõem o respeito a garantias elementares dos sujeitos[47].

Os requisitos destacados possibilitam o retorno de um olhar mais crítico tomado pelo julgador penal diante das provas científicas que, pela ausência de cautela e controle na prática processual, paradoxalmente e gradativamente adquiriram "validade" e "valor probatório" com respaldo absolutamente "inquestionável" pelo mero fato de se apresentarem como "científicas".

Por entender que o legislador processual deve voltar sua atenção para as peculiaridades dessa atividade probatória é que Kerr[48] afirma se mostrar fundamental a adequação legislativa para a aquisição de fontes probatórias no ambiente digital. Ressalta o autor que a atualização tecnológica constante necessita de uma lei

whether the theories and techniques employed by the scientific expert have been tested; b) whether they have been subjected to peer review and publication; c) whether the techniques employed by the expert have a known error rate; d) whether they are subject to standards governing their application; and e) whether the theories and techniques employed by the expert enjoy widespread acceptance".

46. GASCON ABELLAN, Marina. Prueba científica: mitos y paradigmas. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* 44, 2010. p. 83. A autora destaca que a prova tida por científica adquiriu uma sobrestimada valoração, tanto semântica como epistemológica, e como consequência criou-se um mito de infalibilidade relacionado a ela, uma "salto de fé" incompatível com os próprios critérios da ciência.

47. TORRE, Marcos. *Il captatore informático*: nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali. Giuffré, 2017. p. 3.

48. KERR, Orin S. Op. cit., p. 10. Kerr propõe uma metodologia de ajustamento da Quarta Emenda às buscas digitais, para restaurar o equilíbrio entre atuação estatal e norma. O autor utiliza como análise o caso *Riley vs. California.* Trata-se de um caso no qual a Corte Estadunidense em pronunciamento tratou como similar, ou melhor "materialmente indistinguível", a busca de dados em aparelhos celulares (que atualmente são minicomputadores com a função de telefonia aglutinada) das buscas em materiais físicos. A observação feita pelo autor é para a errônea indiscriminação feita pela jurisprudência norte-americana quanto à invasão da privacidade a partir de buscas nesses aparelhos de armazenamento digitais e em itens físicos. Conclui Kerr pela adequação legislativa para uma abordagem peculiar em se tratando de buscas em dispositivos de armazenamento de informação digital.

que restaure o equilíbrio entre o fato investigado e a aplicação da norma quanto às formas de investigação.

4. A preservação da cadeia de custódia digital: a necessária comprovação do dado informático como fonte de prova confiável

O procedimento de manuseio e análise de *fontes* de provas em uma investigação e sua documentação em eventos cronológicos transformam a cadeia de custódia em parte fundamental no procedimento de inserção daquela *fonte* de prova no processo judicial. Trata-se do registro de termos relacionados ao "onde", "quando", "por que", "quem", "como" no uso das informações probatórias[49]. Ademais, antes de discorrer sobre a necessária preservação da cadeia de custódia da prova obtida por novas tecnologias informáticas é preciso (r)estabelecer duas premissas. A primeira delas diz respeito ao "material" obtido a partir da execução do dito método tecnológico. A segunda diz respeito à questionalibidade do próprio método tecnológico utilizado.

Quando o método tecnológico corresponder a funções de meio de investigação de prova[50], tratar-se-á de um método para o descobrimento e a identificação de *fontes* de prova, de modo que a informação adquirida a partir do material recolhido não possui nenhum valor probatório. O valor probatório que surgirá a partir do contraditório não está relacionado ao material probatório recolhido pelo *meio de investigação de prova*, mas se refere às *fontes* de provas identificadas por tais métodos e carreadas aos autos processuais por *meios de prova*. Não há possibilidade de se ventilar o material coletado para o processo sob a leviana forma das provas antecipadas, provas cautelares ou outra subespécie que – segundo alguns – dispensaria o contraditório ou o exerceria de modo diferido.

49. PRAYUDI, Yudi; SN, Azhari. Digital chain of custody: state of the art. *International Journal of Computer Applications* (0975 – 8887), v. 114, n. 5, March 2015. p. 1. "The scope of chain of custody includes all individuals involved in the process of acquisition, collection, analysis of evidence, time records as well as contextual information, which includes case labeling, and the unit and laboratory that process evidence".

50. O termo utilizado reflete ao exposto por Arantes Filho, em que a utilização do termo "meio de obtenção de prova" pressupõe ou induz equivocadamente a já existente fonte de prova que vai se obter, logo presumisse a culpabilidade do sujeito passivo da medida imposta (ARANTES FILHO, Marcio Geraldo. *A interceptação entre pessoas presentes*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 29 (nota de rodapé 58)).

A segunda das premissas é ensinada por Prado[51] e também possui como ponto fundante o estabelecimento do contraditório. Primeiramente, pelo simples fato de que os métodos ocultos traduzem e verbalizam para o julgador "as supostas qualidades epistêmicas como antídoto contra toda tentativa de enquadramento jurídico". A adoção de métodos ocultos de investigação realiza-se a partir da não oitiva da parte contrária, de modo que a autoria e a materialidade do ilícito é – por vezes – alcançada pelo debate do significado das imagens e sons e, agora também, dos dados (por vezes autoincriminatórios).

Erroneamente, o meio digital, e incluído está a *fonte* de prova digital, apresenta-se salvo da confrontação, ou, ainda, com uma tácita presunção de fidedignidade que se traduz na confiança injustificada em sistemas informáticos[52]. Como consequência destacada por Prado, trata-se – fundamentalmente – da possível prostração do processo penal como entidade epistêmica e sua disposição como instrumento formal incapacitado, ou subtraído, de possibilidades questionadoras e refutadoras da "verdade", que se coloca a partir da "evidência" gerada pela execução dos métodos de investigação de prova[53].

A "verdade" ou "presunção de fidedignidade" do sistema informático, bem como da *fonte* de prova digital retira equivocadamente o fato humano (proposital ou acidental)[54] da possível contaminação da prova, o que certamente prejudica a questionabilidade caracterizada pelo aspecto da possibilidade de reação presente no direito ao contraditório.

Razão assiste Prado[55] quando afirma que as inovações tecnológicas que conferem suporte a métodos ocultos de investigação também, elas próprias, devem ser objetos de questionamento pelas partes. Bastaria um simples descuido para que se cause modificações ou perdas de difícil identificação na *fonte* probatória que certamente a comprometerão[56]. A simples exploração do sistema de

51. PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
52. RAMALHO, David Silva. Op. cit., p. 259.
53. PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 74.
54. RAMALHO, David Silva. Op. cit., p. 259.
55. PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 74. "As técnicas de captação de som, imagem e até de captura de outros elementos originalmente produzidos em meio digital não estão imunes à corrupção em termos metodológicos. Muito menos há isenção de risco de manipulação do produto obtido por meios dos métodos ocultos de investigação".
56. BARTOLI, Laura e MAIOLI, Cesare. La cadena di custodia del dato digitale: tra anelli solidi e anelli mancanti. In: BIASIOTTI, Maria Angela; EPIFANI, Mattia; TURCHI,

computador, se realizada sem a observação de procedimentos devidos, pode fornecer ao investigador resultados irreparavelmente comprometidos e não confiáveis.

Desse modo, cuidados com a *impressão digital* da *fonte* de prova digital devem ser tomados para que a torne admissível no processo. Conhecer o código *hash* dos arquivos digitais, a localização da *fonte* de prova, a assinatura eletrônica de cada objeto, o local certo onde ocorreu a análise do material probatório, o momento do acesso à prova, a identidade daqueles que mantiveram contato com o material recolhido, tornou-se prática auditável pelos tribunais e pelas partes processuais. Um relatório pormenorizado é fundamental para comprovação da preservação da cadeia de custódia da prova digital[57].

A contaminação da *fonte* probatória pode se dar de duas maneiras distintas. A primeira, mediante um contato físico inapropriado ao suporte ou dispositivo informático. Marshall esclarece que tal forma de contaminação ainda não ganhou preocupação devida, mas que os cuidados referentes à coleta de provas físicas podem beneficiar a investigação digital de modo a ser possível identificar a partir das impressões digitais de usuários, marcas de ferramentas em um disco rígido ou ainda, a identificação do(s) último(s) usuário(s) daquele dispositivo informático. Dessa forma, evitar a contaminação física durante a apreensão do dispositivo informático pode ser demasiado importante[58].

Outra forma de contaminação da *fonte* probatória decorre do contágio digital. Ela se relaciona diretamente com o objeto central do presente artigo. Como dito anteriormente, a alterabilidade é característica fundante do dado informático, ou *fonte* de prova digital. Bastar-se-á o mínimo de dúvida acerca da integridade da *fonte* probatória, ou seja, o levantamento da hipótese de adulteração do material para transformá-la em fonte inconfiável. Portanto, a preservação da cadeia de custódia consiste em neutralizar a possível suspeita da alteração do dado,

---

Fabrizio (a cura di). *Trattamento e scambio della prova digitale in Europa*. Edizioni Scientifiche Italiane, 2016. p. 139. "basta una disattenzione per causare modifiche o perdite difficili da individuare: la semplice esplorazione del sistema informatico, se non svolta con la debita cura, può consegnare all'investigatore risultati irrimediabilmente compromessi, inaffidabili".

57. GIOVA, Giuliano. Improving chain of custody in forensic investigation of eletronic digital systems. *IJCSNS International Journal of Computer Science and Network Security*, v. 11, n. 1, January 2011. p. 2.

58. MARSHALL, Angus. *Digital forensics*: digital evidence in Criminal Investigation. Wiley-Blackwell, 2008. p. 41.

quer dizer, reduzir o risco da perda da originalidade do dado e com isso garantir confiabilidade e integridade.

Nesse sentido, Ramalho[59] descreverá o direito a um contraditório qualificado voltado aos relatórios diligenciais da condução investigativa, ou da recolha da prova digital. A importância dada pelo autor a tais relatórios consiste na justa comprovação de diligências realizadas a fim de se obter *fontes* de prova, ou seja, (I) a compreensão da diligência de recolha das *fontes* de provas, (II) a garantia do cumprimento dos procedimentos forenses que asseguram a cadeia de custódia da prova e (III) o afastamento de hipóteses de contaminação da prova por terceiros[60]. Trata-se, de responder a perguntas relacionadas à atividade probatória como "o que", "como", "quem", "quando", "por quê" e "onde"[61-62] e dessa forma aprimorar

59. RAMALHO, David Silva. Op. cit., p. 258.

60. Idem. O autor destaca de modo não exaustivo alguns pontos de referência cujos relatórios devem constar desejavelmente, como "(1) notas preparadas durante a fase de exame; (2) detalhes sobre o modo como a investigação foi conduzida e o meio de obtenção de prova a partir do qual a informação foi recolhida; (3) detalhes sobre a técnica e o modo de garantia da cadeia de custódia; (4) a validade dos procedimentos técnicos utilizados, à luz dos requisitos impostos pelo estado da arte; e, (5) informação sobre o que foi descoberto a partir da informação recolhida. Entre a informação sobre os dados recolhidos deverão constar, entre outros elementos, (a) os ficheiros concretamente relacionados com o tema da investigação, bem como outros ficheiros aptos a sustentar as conclusões do especialista, como sejam ficheiros eliminados e recuperados; (b) o tipo de pesquisa efetuada, incluindo os termos de pesquisa, os programas objeto da pesquisa e os programas utilizados para recolher a prova; (c) informação relevante extraída a propósito do uso da *internet*, como o histórico de visitas e ficheiros de *logs*; (d) a eventual existência de técnicas anti-forenses no sistema informático, designadamente de eliminação e dissimulação de ficheiros; (e) o registro de datas e horas de todas as diligências efetuadas; (f) a possibilidade da prova ter sido fabricada por um terceiro, tendo inclusivamente em consideração o grau de segurança informática física e lógica do sistema visado; e (g) a fidedignidade do sistema e do processo de criação de registros e gravações".

61. COSIC, Jasmin; COSIC, Zoran. Chain of custody and life cycle of digital evidence. *Computer Technology and Application*, 3, 2012. p. 127. Os autores propõem o conceito de *DEMF* (*Digital Evidence Management Framework*), que se baseia em uma estrutura composta de instrumentos e ferramentas que servem para garantir a segurança da cadeia de custódia da prova digital. A proposta consiste no uso de características biométricas para assinatura digital (quem), *timestamps* para adicionar um tempo registrado (quando), usar alguns serviços da web (ex. Google Maps, ou GPS) para a geolocalização (onde) e *hashing* e assimetria criptográfica para garantir a confiabilidade das provas digitais.

62. GIOVA, Giuliano. Op. cit., p. 4-5.

métodos de preservação da cadeia de custódia da prova, preenchendo espaços no procedimento que prejudicam a confiabilidade do material probatório.

Como assevera Prado,[63] no direito norte-americano se impõe à acusação uma obrigatoriedade de estabelecer a cadeia de custódia identificando os elos entre as diversas atividades que compõem o procedimento probatório para aferir o valor da informação obtida. A cisão de qualquer desses elos pode causar a inadmissibilidade da prova e consequentemente destruir seu valor probatório. Isso, posto que se trata de um procedimento capaz de evitar as práticas que ceifam a produção probatória com ilicitudes, de modo que a garantia da preservação da cadeia de custódia alcance um *status* constitucional[64].

Em virtude de a prova possuir natureza persuasiva[65], carreada aos autos processuais por *meios* de prova dotados de linguagem, há que se notar que a informação dela decorrente – ainda que não confiável pela quebra da cadeia de custódia – poderá influenciar na formação cognitiva do juiz acerca do caso penal[66]. Esse contágio prejudicaria a tarefa epistêmica do processo penal, uma vez que se é possível perceber uma "ilegalidade de base"[67] do material probatório – após o rompimento dos elos que ligam a cadeia de custódia – será inadmissível a *fonte* de prova digital. Sendo ilícita, pela ilegalidade de base, impõe-se o desentranhamento dessa prova dos autos processuais, porquanto que inadmissível[68] devido à violação da confiabilidade probatória e, portanto, de seu *status* constitucional.

Todavia, a regra imposta pelo artigo 157 do Código de Processo Penal brasileiro, ao mesmo tempo que atribui a prova ilícita como inadmissível, a contrassenso

63. PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 81-82.

64. *Status* Constitucional por permitir o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório, tendo em vista que a comprovação da preservação da cadeia de custódia possibilita a garantia de que a prova sob a qual incide o contraditório possui "mesmidade" à *fonte* de prova coletada.

65. Mas não meramente persuasiva, conforme a ressalva de Prado – com o auxílio de Taruffo – a prova também deve servir essencialmente ao conhecimento dos fatos.

66. Para blindar a cognição judicial desses vícios que decorrem da aquisição probatória, aplicando-se um juízo de admissibilidade da prova penal, faz-se necessário a institucionalização de mecanismos processuais cabíveis para cumprir com tal função. Nesse ponto, o debate acerca da implementação do Juiz de Garantias se mostra pertinente.

67. PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 88.

68. Artigo 157, CPP – São inadmissíveis no processo, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

impõe seu desentranhamento. Trata-se de verdadeira atecnia processual, pois se inadmissível a prova no processo, não poderia ser carreada aos autos, portanto, também não poderia ser desentranhada. Em outras palavras, somente poderá ser desentranhada do processo uma prova admissível, ou seja, provas inadmissíveis não podem ser entranhadas nos autos processuais.

A discussão, portanto, versa novamente acerca da qualidade do contraditório, de modo que em um primeiro momento, para que seja admissível uma *fonte* de prova digital no processo, em razão da presunção de fidedignidade cega[69] que circunda os sistemas informáticos, deverá ser comprovada a fiabilidade da *fonte probatória* a partir do contraditório sobre os critérios adequados de recolha, preservação e análise dos dados. A preservação da cadeia de custódia da prova é requisito de admissibilidade da prova.

Um posterior contraditório será também efetivado. Contudo, este último voltado ao debate do conteúdo informacional trazido ao processo pela *fonte* probatória recolhida, que nessa oportunidade já admitida como *fonte* de prova lícita. Como afere Ramalho[70], não basta a mera possibilidade formal do exercício do contraditório, necessita-se dispor às partes a possibilidade de *controlar a prova*, aferindo sua pertinência, fidedignidade e aptidão para a demonstração de qualquer das hipóteses fáticas trazidas por elas.

Marshall[71] destaca quatro princípios que servem para a orientação acerca do manuseio e processamento de provas digitais, ou, melhor dizendo, recolha e processamento de *fontes* de prova digital. O primeiro destaca que "nenhuma ação tomada pelas agências policiais ou seus agentes deve alterar os dados mantidos em um computador ou mídia de armazenamento que possam ser subsequentemente invocados no Tribunal"[72]. Um segundo princípio afirma que "nas circunstâncias em que uma pessoa acredite que seja necessário acessar os dados armazenados em um computador ou em mídia de armazenamento, tal pessoa deve ser competente

69. RAMALHO, David. Silva. Op. cit., p. 261. "é comum atribuir-se aos sistemas informáticos e à prova digital uma tácita presunção de fidedignidade, por vezes em prejuízo da presunção de inocência. Tal facto deve-se, em parte a uma certa confiança injustificada em sistemas informáticos, à qual subjaz a ideia de que as máquinas tendem a não cometer erros".

70. RAMALHO, David. Silva. Op. cit., p. 261.

71. MARSHALL, Angus. Op. cit., p. 19-20. Destaca o autor que tais princípios são diretrizes propostas pela Associação de Chefes de Polícia da Inglaterra e dos Países de Gales relacionadas à recolha e o processamento de *fontes de prova* digital.

72. "No action taken by law enforcement agencies or their agents should change data held on a computer or storage media which may subsequently be relied upon in court".

para tanto, e ser capaz de fornecer provas explicando a relevância e as implicações de suas ações"[73].

A seu turno, destacado pelo terceiro princípio está a possibilidade de "através do registro de todos os procedimentos referentes ao computador ou a recolha da *fonte* de prova digital" um terceiro independente possa alcançar o mesmo resultado após análise. Ou seja, fundamental é o registro dos procedimentos, ou aquilo que se denomina de cadeia probatória[74]. Por fim, em se tratando de um quarto princípio, discorre Marshall acerca da "responsabilidade da pessoa competente para a investigação de garantir que a lei e estes princípios anteriores sejam cumpridos"[75].

A imaterialidade como característica da *fonte* de prova digital faz com que aumentem as dificuldades dos registros e documentações cronológicas necessárias para averiguar o não contágio no material probatório. O acesso remoto ao material digital recolhido também poderá permitir a análise probatória à distância e simultânea por diversos especialistas, de modo que regulamentar por meio de lei todo o procedimento de recolha, análise e preservação da *fonte* probatória digital se faz demasiadamente necessário. Não apenas a forma do procedimento de registro e relatório, mas fundamentalmente a implementação técnica do tratamento da *fonte* de prova digital[76].

Portanto, é fundamental a exigência de lei proporcional que estabeleça diretrizes e possibilite o cumprimento de enunciados de cabimento das medidas que garanta a fiabilidade probatória do método (ou do procedimento probatório) de recolha das *fontes* de prova[77]. De mesma importância é a complementar limitação e

73. "In circumstances where a person finds it necessary to access original data held on a computer or on storage media, that person must be competent to do so and be able to give evidence explaining the relevance and the implications of their actions".

74. "An audit trail or other record of all processes applied to computer based electronic evidence should be created and preserved. An independente third party should be able to examine those processes and achieve the same result".

75. "The person in charge of the investigation (the case officer) has overall responsibility for ensuring that the law and these principles are adhered to".

76. PRAYUDI, Yudi; SN, Azhari. Digital chain of custody: state of the art. *International Journal of Computer Applications* (0975 – 8887), v. 114, n. 5, March 2015. p. 2. Discorrem os autores que a lei deve exigir informações detalhadas quanto ao processo investigativo, desde a assinatura do objeto analisado, identidade das partes que manuseiam ou interagem com a prova, o tempo de acesso e todas as descrições que se referem a transações e qualquer acesso necessário à fonte de prova.

77. Nos EUA, por exemplo, a admissão da prova digital é regulada pela *Federal Rule Evidence 901*, combinado em alguns casos diversas outras normas sobre a busca e apreensão das provas digitais. Como ressalta Giova, (GIOVA, Giuliano. Op. cit., p. 3) o *USA Patriot Act*

exigência da reserva de jurisdição quando se tratar da incidência de métodos investigativos ou probatórios que atentem diretamente contra direitos fundamentais.

Tais garantias constitucionais, voltadas a atender à preservação da fiabilidade do material probatório, decorrem do axioma *nulla poena sine probatione*. Comprovar a fiabilidade das *fontes* probatórias se traduz como remédio jurídico-processual que evita o uso subjetivo do material recolhido pela atividade probatória sem exigências razoáveis de idoneidade probatória[78].

Falar em cadeia de custódia da prova, a seu turno, é ter consciência de que ela deriva dos requisitos indispensáveis à atividade probatória, como a identidade, a integridade e a autenticidade[79]. Trata-se de alcançar a observância da manutenção integral, ou imodificabilidade, do material probatório digital, sua "mesmidade". De certa forma, é uma garantia de que não será valorada uma prova distinta daquela coletada, ou seja, uma garantia capaz de evitar uma contaminação, possíveis alterações, manipulações, substituições, destruições, ou trocas entre *fontes* probatórias[80].

Um modelo de procedimento minimamente adequado[81] deve conter as seguintes etapas: a recolha, a autenticação, o exame, a análise e o relatório[82]. A recolha é a etapa que corresponde à identificação e à coleta, cujos investigadores forenses devem buscar, entre o material disponível, *fontes* de prova relevantes.

---

resultou em um número significativo de mudanças em diversos estatutos federais que versam sobre a busca e apreensão de computadores e da aquisição de provas digitais ou eletrônicas. De igual modo, o Canadá (*Canada Evidence Act*) tratou especificadamente da autenticação de provas informáticas impondo a carga de provar sua autenticidade. ("Authentication of electronic documents 31.1 *Any person seeking to admit an electronic document as evidence has the burden of proving its authenticity by evidence capable of supporting a finding that the electronic document is that which it is purported to be"*). Disponível em: [https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-5/page-5.html#docCont]. Acesso em: out. 2018.

78. PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 75.

79. VELASCO NUÑEZ, Eloy. *Aseguramiento, custodia de la prueba tecnológica,* cit., p. 90.

80. "Mesmidade" como qualidade de ser do mesmo. VELASCO NUÑEZ, Eloy. *Aseguramiento, custodia de la prueba tecnológica,* cit., p. 90.

81. Fala-se aqui em modelo minimamente adequado para atestar a confiabilidade da cadeia de custódia da prova digital, pois não é possível – até o presente momento – afirmar categoricamente que exista um único modelo ideal. Existem diversos estudos em desenvolvimento sobre aquilo que possa vir a ser um modelo precisamente confiável, para tanto recomenda-se a leitura de COSIC, Jasmin; BACA, Miroslav. *Do we have full control over integrity in digital evidence life cycle?*. Proceedings of the ITI 2010 32nd Int. Conf. on Information Technology Interfaces, Cavtat, Croatia, June 21-24, 2010.

82. GIOVA, Giuliano. Op. cit., p. 5.

Como dito anteriormente, trata-se de fase marcada pelo alto risco de impacto na cadeia de custódia da prova digital[83], sendo dessa forma que se reafirma a necessária capacitação daqueles sujeitos (investigadores especialistas, peritos ou policiais) que terão o primeiro contato com o dispositivo informático ou dado propriamente dito[84]. Marshall[85] vincula essa etapa procedimental à *pré-visualização* da *fonte* de prova digital que perpassa pelo contato direto do investigador com o dispositivo informático alvo.

Recolhido o material probatório e nele contidas potenciais *fontes* de prova digital, na fase denominada "exame" se ocupará precisamente da identificação e da separação daquelas de maior relevância para o processo[86]. A *image*, como já se referiu, trata-se da operacionalização de uma fotografia digital, uma cópia mestra protegida, que evita o manuseio das *fontes* probatórias originais e assim se conserva sua integralidade.

O procedimento de cópia integral em modo *off-line* é um procedimento mais simples, cujo dispositivo suspeito é conectado a uma estação de processamento e geração de *images* (*imaging workstation*) e a um bloqueador de gravações (*write-blocker*)[87] que consiste em uma ferramenta informática que evita a introdução ou alteração de dados por um sistema informático[88].

---

83. COSIC, Jasmin; COSIC, Zoran. Chain of custody and life cycle of digital evidence, cit., p. 128.
84. COSIC, Jasmin; BACA, Miroslav. *Do we have full control over integrity in digital evidence life cycle?,* cit., p. 430. Os autores salientam que o processo de coleta de provas digitais não é tão simples e os sujeitos que executam o primeiro contato com o material devem saber o que devem fazer neste momento. "Isso não é trivial, se sabemos que apenas um passo em falso pode ser fatal". Ressaltam, por exemplo, que se se desligar o computador "ativo" com o sistema operacional Windows XP. mais de 50 arquivos serão alterados e cinco novos arquivos criados na próxima inicialização. Isso significa que um momento de desatenção é suficiente para perder evidências e violar sua integridade da prova.
85. MARSHALL, Angus. Op. cit., p. 43.
86. COSIC, Jasmin; COSIC, Zoran. Chain of custody and life cycle of digital evidence, cit., p. 128.
87. MARSHALL, Angus. Op. cit., p. 47. "Offline imaging is the simplest procedure, although it can be time consuming depending on the size of the device to be imaged. In this process, the suspect device is connected to an imaging workstation using a write-blocker [...]. The imaging software is then used to read data fromthe device and store it to either a file or separate device. Once imaging is complete, the first copy is usually considered to be the master copy and further working copies can be generated as required. Of course, there is still a requirement to show that the master copy and working copies are completely accurate and have not been modified in any way during imaging or examination".
88. RAMALHO, David. Op. cit., p. 124.

Quando não for possível apreender ou desligar o sistema alvo das "buscas" por *fontes* probatórias, ou ainda diante da impossibilidade de conectar o sistema informático às estações de processamento e geração de *images* (*imaging workstation*), poder-se-á utilizar-se de métodos de apreensão e geração de *images* de modo *on-line*. Nessa ocasião, afirma Marshall que o dispositivo visado permanece no local em que foi apreendido e são utilizadas ferramentas de geração das cópias integrais "ao vivo", em tempo real. Essa metodologia pode apresentar riscos de contaminação da *fonte* de prova digital, porém o uso de ferramentas confiáveis pode reduzir estes problemas[89].

Criada a imagem fiel da *fonte* de prova digital, é preciso protegê-la de alterações, confirmar sua integridade e validar sua autenticidade. Verificações podem ser efetuadas para demonstrar que os procedimentos sequenciais não incidiram no material probatório de modo a comprometer sua integridade, ou seja, não trouxeram efeitos adversos acidentais ou intencionais que comprometam a custódia da prova. Destacada técnica é possível por meio da utilização da função *hash*[90] que permite verificar "assinaturas digitais efetivamente exclusivas para qualquer parte dos dados digitais"[91].

Ramalho discorre que a função *hash* é aplicada a certos documentos ou a um conjunto de dados informáticos, de modo a criar um código alfanumérico que funciona como uma *impressão digital*, designada de *hash*[92-93]. Os algoritmos

89. MARSHALL, Angus. Op. cit., p. 47. "The trusted tools allow the examiner to copy the device to either an external storage device, such as a USB hard disc, or across a network to a dedicated storage server".

90. Cálculo matemático que gera um valor numérico baseado no *input* de dados. Este valor numérico é referido como valor de *hash*. COSIC, Jasmin; BACA, Miroslav. *(Im) Proving chain of custody and digital evidence integrity with time stamp*. 1226-1230. 10.13140/RG.2.1.1336.0725, 2010. p. 2. Disponível em: [www.researchgate.net/publication/224163003_Improving_chain_of_custody_and_digital_evidence_integrity_with_time_stamp]. Acesso em: set. 2018.

91. MARSHALL, Angus. Op. cit., p. 47.

92. RAMALHO, David. Op. cit., p. 124. "Os algoritmos mais utilizados atualmente são o MD5 (*Message Digest 5*) e o SHA-1 (*Secure Hash Algorithm*)".

93. Discorre Giuliano Giova (Op. cit., p. 3) que alguns *softwares* forenses modernos, além de descreverem onde cada arquivo está localizado e suas muitas propriedades, incluindo data de criação e datas de acesso, permitem a criação de chaves específicas de acesso a usuários. Adotam o conceito de autenticação central e permissão de concessão a servidores que concedem tais chaves de sessão para usuários autorizados, monitorando desta forma toda a atividade de exame da cadeia de custódia da prova digital.

referentes à *image* produzida devem ser idênticos aos originais, tendo em vista a "mesmidade" dos dados copiados. A "mesmidade" é verificável pois a aplicação da função *hash* em um mesmo conjunto exato de dados, produz sempre o mesmo valor *hash*[94], de modo que "a modificação de até mesmo um único *bit* resulta radicalmente em diferentes valores calculados em *hash*"[95], tornando-se contestável a integridade da prova penal.

Por sua vez, a preservação, ou armazenamento, como terceira etapa também é necessária para efetivar o rastreamento das *fontes* de prova. Desse modo, ao mesmo tempo que possibilita o conhecimento acerca das circunstâncias da recolha da prova, permite ao processo sua qualidade de entidade epistêmica. O armazenamento como etapa procedimental, bem como o transporte das *fontes* de provas, deve corresponder à manutenção da cadeia de custódia da prova digital[96] e o registro cronologicamente orientado de todas as análises deve ser observado[97].

A criação de um padrão para armazenamento é muito importante para que se tenha acesso universal aos dados recolhidos e armazenados, de modo que o formato de armazenamento (*Digital Evidence Container*) permita uma unicidade procedimental. A *Digital Evidence Bag*[98], como configuração de armazenamento abrangente, por exemplo, trata-se de um formato padrão que compreende provas digitais ou um conjunto de objetos incluídos em uma estrutura hierárquica de provas digitais. A padronização (*stantard*) dos procedimentos de tratamento e de armazenamento permite um processamento consistente e simplificado. Segundo Lim, Gyu Lee e Wook Han, esse formato é projetado para incluir os

94. RAMALHO, David. Op. cit., p. 125.

95. MARSHALL, Angus. Op. cit., p. 48. "Hashing algorithms similar to checksums are used to calculate digital "signatures" which are effectively unique for any piece of digital data. At the highest level, one or more hash values will be computed for the data on the original device. Because the image has been produced from this device, and contains identical data, the hash value for the image should match, exactly, the value for the original. Hashing algoriths such as MD5 [42], SHA-1 [36] and SNEFRU[31] are very sensitive to changes in data, and the modification of even a single bit (1/8 of a byte) in the largest image results in radically different hash values being calculated".

96. COSIC, Jasmin; COSIC, Zoran. Chain of custody and life cycle of digital evidence, cit., p. 128.

97. COSIC, Jasmin; BACA, Miroslav. *(Im)Proving chain of custody and digital evidence integrity with time stamp*, cit., p. 3.

98. LIM, Kyung-Soo; GYU LEE, Deok; WOOK HAN, Jong. *A new proposal for a digital evidence container for security convergence*. IEEE International Conference on Control System, Computing and Engineering. 2011. p. 172. "This design concept aims to develop a standard format in which digital evidences from diverse devices, including computers, mobile devices, and network systems, can be stored".

metadados criados durante a investigação, tais como informações de auditoria para os dados das *fontes* de provas recolhidas. O conceito da *Digital Evidence Container* foi desenvolvido originalmente para comportar um formato simples de armazenamento de *image*, todavia, passou a comportar um formato multifuncional que reduz o volume inicial (compactando-o) e garante a integralidade da *image*[99].

Cosic e Miroslav ressaltam a importância do registro das datas e dos horários referentes aos procedimentos condizentes com o material probatório digital. Afirmam que o *Time Stamp*[100] no mundo digital marca o momento específico do tempo na investigação criminal em formato digital. A preocupação da admissibilidade da prova digital faz com que se imponha o registro do exato momento de acesso à *fonte* de prova, quem a acessa, onde a acessa[101] e quando é transportada[102].

---

99. LIM, Kyung-Soo; GYU LEE, Deok; WOOK HAN, Jong. Op. cit., p. 172. "Os metadados são armazenados em texto simples e todos os dados são registrados no formato binário bruto para garantir seu uso universal". Os autores propõem um novo formato de *Digital Evidence Container* que denominaram de *XeBag*, não adentraremos nas peculiaridades do formato desenvolvido, mas basicamente se trata de uma melhor programação de padronização de informações coletadas como *fontes* de prova e armazenadas em um formato universalmente acessível. Contudo, os requisitos elencados pelos autores para um formato padronizado merecem destaques: *Generalidade*: O design deve ser baseado em tecnologia de modo que possa ser geralmente usado para diversas fontes de dados; *Preservação*: ambos os metadados relevantes e dados originais deve ser coletados e preservados; *Integridade*: deve haver um dispositivo para garantir a integridade dos dados da evidência original; *Unificação*: Diversos tipos de dados de evidência devem ser manipulados em um formato unificado; *Escalabilidade*: o formato deve ser escalável com o aumento do volume de dados, e o tamanho total dos dados não devem aumentar significativamente; *Compressibilidade*: o projeto deve fornecer um recurso para reduzir o tamanho dos dados originais; *Segurança*: O design deve fornecer um mecanismo de segurança para proteger o formato de armazenamento de evidências.

100. São ferramentas utilizadas para marcar o exato horário referente a um *log* (data/hora). Em sistemas de arquivos, a data e a hora podem se referir às datas e horas relacionadas à criação do arquivo ou a modificação do arquivo. (COSIC, Jasmin; BACA, Miroslav. *(Im) Proving chain of custody and digital evidence integrity with time stamp*, cit., p. 3).

101. COSIC, Jasmin; BACA, Miroslav. *Do we have full control over integrity in digital evidence life cycle?*, cit., p. 432. Os autores afirmam que quanto à localização de "onde" o acesso à *fonte* de prova ocorre ainda é difícil de se precisar. Para a preservação da cadeia de custódia, é importante saber onde ocorreu o acesso à prova digital. Contudo, "há falta de pesquisas sobre este tema, e algumas organizações (IOCE, SWGDE, DRWS etc.) apenas propõe a documentação de 'onde' estava a prova descoberta, coletada, arquivada, armazenada e transferida. Não havendo detalhes sobre como implementar tal proposta".

102. "Time stamp and digital time stamping play a very important role in the digital forensics, because there is a need for knowing the time of certain moments in the investigation process. It is very important to know the answer to the question which we can be asked

Os autores explicam que o registro do tempo se dá desde o primeiro contato com a *fonte* de prova digital, de modo que, após a criação de uma numeração de identificação do arquivo (*hashing*), envia-se a numeração *hash* a um terceiro competente (*Time Stamps Authority*) que a relaciona com um registro de data e hora, calcula um novo valor *hash* e assina digitalmente o arquivo gerado com uma chave de assinatura digital protegida.

O *TSA* envia o arquivo registrado para o investigador, que também possui uma chave de acesso e assinatura protegida. O procedimento se repete em todas as etapas de análise do material probatório, dessa forma, é possível comprovar cronologicamente todos os acessos às *fontes* de prova em qualquer fase da investigação criminal[103].

A fase que fecha o ciclo da cadeia de custódia é o relatório ou a publicação, contudo, não significa dizer que se trata da fase final. O relatório da análise probatória deve servir como documento idôneo capaz de sustentar as hipóteses defensivas ou acusatórias no processo judicial. A linguagem técnico-informática referente aos procedimentos adotados deve ceder espaço para uma forma especificada de linguagem acessível aos sujeitos processuais. A descrição dos procedimentos não deve ser resumida, mas minunciosamente elaborada para que cumpra com sua função de reforçar as garantias de controle do sujeito investigado[104]. De modo que a etapa final, propriamente dita, é marcada pelo arquivamento do material probatório (ou destruição das *fontes* irrelevantes)[105].

5. Considerações finais

Como dito, o assunto abordado é demasiadamente importante e serve como convite para reflexões acerca da (re)adequação dos procedimentos de procura, recolha e conservação das provas penais, que pela influência tecnológica se apresentam, cada vez mais corriqueiramente, em formato digital.

---

in the courtroom: "When was the digital evidence accessed, how long the staffs have been in touch with the evidence? Next question could be: "How long can we prove the integrity of the digital evidence that we signed" (COSIC, Jasmin; BACA, Miroslav. *Do we have full control over integrity in digital evidence life cycle?*, cit., p. 432).

103. COSIC, Jasmin; BACA, Miroslav. *(Im)Proving chain of custody and digital evidence integrity with time stamp*, cit., p. 5).

104. RAMALHO, David Silva. Op. cit., p. 145.

105. COSIC, Jasmin; COSIC, Zoran. Chain of custody and life cycle of digital evidence, cit., p. 128.

De modo inequívoco, os apontamentos feitos durante todo o trabalho não se apresentam como definitivos. Como restou claro, a dinamicidade das mudanças tecnológicas impõe um aprimoramento constante das técnicas empregadas na aquisição e na conservação das provas penais digitais. No entanto, alguns pontos definitivos extraídos sob uma óptica conclusiva podem ser elencados.

Primeiramente, é importante abandonar o uso análogo de procedimentos originariamente destinados à aquisição de provas físicas quando se tiver como objeto visado pela investigação, provas penais em formato digital. Além de legalmente inapropriado, por violar a legalidade processual, por vezes acarreta prejuízo imensurável ao material probatório recolhido, que se torna incapaz de ser atestado como confiável. Dessa forma, não se atende ao axioma *nulla poena sine probatione*.

Ademais, a necessidade do estabelecimento das diretrizes procedimentais quanto a aquisição da fonte de prova digital se torna evidente quando se analisa os riscos a direitos fundamentais do sujeito investigado e de terceiros alheios à investigação pela ausência de limites impostos ao agente investigador. Como visto, o especialista forense não está habilitado a incluir em seus relatórios qualquer que seja o juízo valorativo acerca do material probatório recolhido, tratando-se exclusivamente da tecnicidade e metodologia empregada.

A limitação imposta ao investigador especialista, também se direciona a evitar buscas subjetivas. Trata-se de violação à privacidade, bem como conduta inadmissível (porquanto que ilícita) a ação de extrapolar os limites de buscas de provas impostos pela autorização judicial. De igual modo, a ausência de limites ao especialista representa riscos também para direitos fundamentais de terceiros alheios ao procedimento investigativo, que, porventura, tenham seus dados misturados em pastas, arquivos ou contidos nos dispositivos informáticos apreendidos.

No tocante ao procedimento probatório que assegura minimamente um elo de cadeia confiável, conclui-se que sem as etapas de "recolha, autenticação, exame, análise e relatório" todo e qualquer procedimento não se demonstrará adequado para tornar admissível a fonte de prova penal digital no processo penal. Como visto, esses mesmos elementos procedimentais que servirão de base para que se possa estabelecer o dito contraditório qualificado.

Referências

BARTOLI, Laura; MAIOLI, Cesare. La cadena di custodia del dato digitale: tra anelli solidi e anelli mancanti. In: BIASIOTTI, Maria Angela; EPIFANI, Mattia; TURCHI, Fabrizio (a cura di). *Trattamento e scambio della prova digitale in Europa*. Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.

COSIC, Jasmin; BACA, Miroslav. *Do we have full control over integrity in digital evidence life cycle?* Proceedings of the ITI 2010 32nd Int. Conf. on Information Technology Interfaces, Cavtat, Croatia, June 21-24, 2010.

COSIC, Jasmin; BACA, Miroslav. *(Im)Proving chain of custody and digital evidence integrity with time stamp*. 1226-1230. 10.13140/RG.2.1.1336.0725. 2010. Disponível em: [www.researchgate.net/publication/224163003_Improving_chain_of_custody_and_digital_evidence_integrity_with_time_stamp]. Acesso em: set. 2018.

COSIC, Jasmin; COSIC, Zoran. Chain of custody and life cycle of digital evidence. *Computer Technology and Application*, 3, 126-129, 2012,

DANIELE, Marcelo. La prova digitale nel processo penale. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXVI (Seconda Serie), n. 2, Marzo-Aprile 2011.

DELGADO MARTIN, Joaquin. La prueba electronica en el proceso penal. *Diario La Ley*, n. 8167, Sección Doctrina, 10.10.2013, año XXXIV, Editorial La Ley. p. 1.

DOMINIONI, Oreste. *La prova penale scientifica*: gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione. Milano: Giuffré, 2005.

GASCON ABELLAN, Marina. Prueba científica: mitos y paradigmas. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* 44, p. 81-103, 2010.

GIOVA, Giuliano. Improving chain of custody in forensic investigation of eletronic digital systems. *IJCSNS International Journal of Computer Science and Network Security*, v. 11, n. 1, January 2011.

KERR, Orin S. *Executing warrants for digital evidence*: the case for use restrictions on nonresponsive data. Texas Tech School of Law Criminal Law Symposium, The Fourth Amendment in the 21st Century, on April 17, 2015. Disponível em: [http://texastechlawreview.org/wp-content/uploads/Kerr.PUBLISHED.pdf]. Acesso em: jun. 2018.

LIM, Kyung-Soo; GYU LEE, Deok; WOOK HAN, Jong. *A new proposal for a digital evidence container for security convergence*. IEEE International Conference on Control System, Computing and Engineering, 2011.

LUND, Paul. An investigator's approach to digital evidence. *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review,* v. 6. Pario Communications Limited, 2009.

MARSHALL, Angus. *Digital forensics*: digital evidence in criminal investigation. Wiley-Blackwell. 2008.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRAYUDI, Yudi; SN, Azhari. Digital chain of custody: state of the art. *International Journal of Computer Applications* (0975 – 8887), v. 114, n. 5, March 2015.

RAMALHO, David Silva. *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*. Coimbra: Almedina, 2017.

SALT, Marcos. *Nuevos desafios de la evidencia digital*: acceso transfornterizo y técnicas de acesso remeto a datos informáticos. Buenos Aires: Ad-hoc, 2017.

SALT, Marcos. *Tecnologia informática*: un nuevo desafio para el derecho procesal penal? Disponível em: [https://drive.google.com/file/d/0BxHBGMLx4HZGbzhJQ0ozMFhYYXc/view]. Acesso em: jun. 2018.

TORRE, Marcos. *Il captatore informático*: nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali. Giufrré, 2017.

VAZ, Denise Provasi. *Provas digitais no processo penal*: formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

VELASCO NUÑEZ, Eloy. Aseguramiento, custodia de la prueba tecnológica, análisis y valor. *Delitos tecnológicos*: definición, investigación, y prueba en el proceso penal. Madrid: Editorial Jurídica Sepín, 2016.

VELASCO NUÑEZ, Eloy. Limites a las investigaciones y a la prueba en el proceso penal. *Delitos tecnológicos*: definición, investigación, y prueba en el proceso penal. Madrid: Editorial Jurídica Sepín, 2016.

WALKER, Cornell. *Computer forensics*: bringing the evidence to court. Acesso em: jun. 2018. Disponível em: [www.infosecwriters.com/text_resources/pdf/Computer_Forensics_to_Court.pdf].

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- "Eu sei o que vocês fizeram no verão passado": o uso de *software* de espionagem como meio de obtenção de prova penal, de Eduardo Bolsoni Riboli – *RBCCrim* 156/91-139 (DTR\2019\31666);
- Evolução histórica dos sistemas de valoração da prova penal: continuamos evoluindo?, Rafael Fecury Nogueira – *RBCCrim* 156/307-352 (DTR\2019\31673); e
- Prova penal: da semiótica à importância da cadeia de custódia, de Ana Luisa Zago de Moraes – *RBCCrim* 132/117-138 (DTR\2017\1426).

Resolução consensual de conflitos criminais com aportes da justiça restaurativa

Consensus resolution of criminal conflicts with contributions of restorative justice

Daniel Feitosa de Menezes

Mestre em Direito e Gestão de Conflitos pela Universidade de Fortaleza (2017), Procurador do Estado do Ceará e Advogado.
daniel@vinhasmenezes.adv.br

Mônica Carvalho Vasconcelos

Doutora em Direito Constitucional pela Universidad Autónoma de Madrid (2012), Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2005), Professora da Graduação em Direito e do Mestrado profissional em Direito e Gestão de Conflitos da Universidade de Fortaleza e da Graduação do Centro Universitário Christus, Mediadora de conflitos.
mvasconcelos@unifor.br

Recebido em: 15.01.2019
Aprovado em: 15.04.2019
Última versão dos autores: 30.04.2019

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: O presente artigo se propõe a analisar a situação do sistema de justiça criminal brasileiro e a crise da pena de prisão, procurando abordar, no contexto de respostas mais céleres e eficientes à persecução penal, os instrumentos previstos na legislação que conferem primazia ao consenso na resolução dos conflitos penais, adotando sanções alternativas à privação da liberdade, a exemplo da justiça restaurativa. Nesse sentido, através de pesquisa qualitativa, faz um levantamento bibliográfico e documental, objetivando apresentar os benefícios e fundamentos dos métodos restaurativos e defender a normatização do instituto no âmbito processual penal. Por fim, conclui que o paradigma restaurativo

Abstract: This article proposes to analyze the situation of the brazilian criminal justice system and the crisis of the prison sentence, trying to address, in the context of faster and more efficient responses to criminal prosecution, the instruments provided for in legislation that give priority to consensus in resolution of criminal conflicts, adopting alternative sanctions to deprivation of liberty, such as restorative justice. In this sense, through a qualitative research, it makes a bibliographical and documentary survey, aiming to present the benefits and foundations of restorative methods and to defend the regulamentation of the institute in the criminal procedural scope. Finally, the article concludes

Menezes, Daniel Feitosa de; Vasconcelos, Mônica Carvalho. Resolução consensual de conflitos criminais com aportes da justiça restaurativa.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 161. ano 27. p. 163-186. São Paulo: Ed. RT, novembro 2019.

e consensual oferece maiores possibilidades de uma efetiva resolução pacífica dos conflitos, ao inserir os envolvidos e a comunidade em um ambiente de diálogo e aproximação com vistas ao entendimento duradouro. O arcabouço legislativo que atualmente dispomos não permite uma ampla utilização desse instituto, o que sugere uma inovação legislativa nesse sentido.

Palavras-chave: Sistema prisional brasileiro – Consenso – Justiça restaurativa – Conflitos criminais – Soluções consensuais.

that restorative and consensual paradigm offers greater possibilities for an effective peaceful resolution of conflicts by introducing those involved and the community into an environment of dialogue and rapprochement with a view to lasting understanding. The current legislative framework does not allow for the wide use of this institute, which suggests legislative innovation in this regard.

Keywords: Brazilian prison system – Consensus – Restorative justice – Criminal conflicts – Consensual solutions.

Sumário: 1. Introdução. 2. A crise da justiça retributiva e a situação prisional no Brasil. 3. O consenso como solução possível aos conflitos criminais. 4. A justiça restaurativa no Brasil e a necessidade de uma sistematização normativa. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

No problem can be solved from the same level of consciousness that created it.
Albert Einstein

1. Introdução

A maneira como lidamos com o crime e suas consequências ainda segue uma lógica pautada na imposição de sanções com eixo principal na restrição de liberdade pelo Estado, promovida através de um processo legal que, geralmente, exclui o ofendido e seus interesses do centro das discussões e promove a estigmatização do autor do fato, dificultando-se, com isso, as chances de construir soluções que visem o futuro e a paz das relações sociais.

Esse tratamento, que reflete uma adesão da nossa justiça penal, em essência, ao método retributivo, escancarou a crise de legitimidade da pena de prisão, comumente criticada pela sua incapacidade de reabilitar o ofensor e prevenir futuras transgressões. Por outro lado, expôs as dificuldades do processo penal clássico em enfrentar a violência e pacificar conflitos, já que, tradicionalmente, atua de maneira a olvidar as particularidades da situação problemática e as necessidades das pessoas. Essas constatações, reveladas com mais consistência pelo discurso criminológico crítico, trouxeram à tona novas abordagens ao fenômeno delitivo, que procuraram se concentrar mais no interesse das vítimas e na possibilidade de resolução consensual dessas questões.

Sabe-se que os métodos consensuais têm como característica primordial o resgaste do protagonismo das partes envolvidas em uma disputa, promovendo uma efetiva participação e emancipação destas dentro do processo decisório com a intermediação de um facilitador. Na seara criminal, significa possibilitar um desfecho mais célere do caso através da negociação com a acusação, e, em tese, delegar ao ofendido um papel de maior destaque do que o vislumbrado no processo penal tradicional, oportunizando que tenha voz ativa sobre os rumos da solução do caso, a fim de que seja possível, através do diálogo com o ofensor, construir um cenário favorável de restauração do convívio social abalado com a prática do delito.

Considerando a ênfase que o sistema de justiça brasileiro tem dado, nos últimos anos, aos institutos da conciliação e da mediação, e diante do quadro de dificuldades experimentado pelo sistema penitenciário brasileiro, justifica-se a proposição de uma nova orientação para a solução dos conflitos penais, fundamentalmente desencarceradora, e que conceda maior protagonismo à vítima, ao acusado e à comunidade, papel esse que pode ser concebido por meio da justiça restaurativa, cujos métodos são amplamente difundidos por diversos países e instituições nacionais e internacionais.

A importância da abordagem restaurativa vem crescendo exponencialmente no Brasil, sendo atualmente objeto de aplicação em alguns Juizados Especiais Criminais, tendo em vista o princípio da disponibilidade da ação penal privada, e nos Juizados da Infância e da Juventude, em virtude de expressa previsão na legislação socioeducativa. Além disso, é reconhecida e incentivada pelo Conselho Nacional de Justiça, que editou a Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016, dispondo sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário.

O presente artigo é dirigido, inicialmente, à análise das consequências do modelo de enfrentamento da questão criminal até agora adotado pelas autoridades públicas. Em seguida, faremos uma breve exposição do surgimento dos métodos consensuais no processo penal brasileiro, abordando os instrumentos legais que preveem a adoção de acordos entre a acusação e o autor da ofensa, a fim de demonstrar que o consenso em matéria criminal não é estranho à tradição processual brasileira. Por fim, analisaremos o conceito, as características e a origem da justiça restaurativa, bem como apontaremos as práticas adotadas no contexto brasileiro, propondo a difusão dos seus métodos de maneira ampla no âmbito de resolução dos conflitos penais, baseados no empoderamento da vítima e na construção de um ambiente que permita a aproximação das partes e da comunidade para lidar com a questão criminal.

2. A crise da justiça retributiva e a situação prisional no Brasil

A prisão se consolidou, pelo menos do final do século XVIII ao início do século XIX, como penalidade de detenção, marcando assim o começo do período humanitário da justiça penal (FOUCAULT, 1987, p 207), tendo servido, desde então, como parâmetro de reprimenda e instrumento por excelência do sistema estatal punitivo, e, pelo menos no Brasil, até o início dos anos 1980, era tida como a principal sanção aplicada dentro de um processo criminal, mesmo diante de delitos de pequena significância social.

Apesar de ter representado um progresso em relação às reprimendas corporais aplicadas pelas sociedades mais primitivas, esse método de resolução da questão criminal, pautado pela lógica encarceradora e pelo afastamento da vítima na solução dos conflitos[1], começou a sofrer uma maior resistência da comunidade acadêmica no começo da segunda metade do século XX[2], com o surgimento da criminologia da reação social ou crítica, contrapondo-se diretamente à criminologia positivista do século XIX, baseada no determinismo biológico, ou seja, na existência de indivíduos com propensão a cometer ilícitos conforme variações congênitas, que tem em Cesare Lombroso o seu principal expoente.

Segundo se infere dos estudos criminológicos críticos, o foco de análise das determinações do crime deixou de ser o criminoso, ou as causas do delito, passando para o poder punitivo e o seu exercício. Nessa linha de raciocínio, Gianpaolo Smanio (2012, p. 82) aduz que "as questões centrais da criminologia deixam de ser referentes ao delinquente e até mesmo ao crime, para serem dirigidas ao próprio *sistema de controle*".

---

1. Costuma-se afirmar que o nascimento do Direito Penal moderno se deu com a neutralização da vítima (CUNHA, 2013, p. 20).
2. Cezar Bitencourt (2012, p. 103) esclarece, no entanto, que os primeiros questionamentos à pena privativa de liberdade e a necessidade de reformulação e busca de alternativas vieram da obra de Von Liszt, no Programa de Marburgo, de 1882. Bem antes disso, Maria Lúcia Karam (1993, p. 177) ressalta o posicionamento crítico ao retribucionismo na obra do revolucionário francês Jean Paul Marat. Nesse contexto, esclarecedora a lição de Foucault (1987, p. 209), para quem os movimentos de reforma da prisão são contemporâneos ao seu surgimento como medida punitiva. Por fim, não se pode deixar de mencionar as contribuições dos saberes da psiquiatria e o discurso criminológico fundado na sociologia norte-americana, da primeira metade do século 20, que abriram caminho para um movimento mais intenso de crítica ao sistema penal (CARVALHO, 2013, p. 173).

Pedro Abramovay (2010, p. 18) sustenta que as teorias criminológicas desenvolvidas a partir dessa nova concepção sobre o fenômeno criminal[3] partem do "princípio de que a compreensão sobre o delito envolve múltiplos fatores, e todos eles se relacionam com a forma como os indivíduos interagem, ficando superada a ideia de que o delito provém de uma decisão individual".

Essas contribuições teóricas colocaram em evidência, ainda, a relatividade do conceito de infração penal, revelando que a tipificação de determinada conduta como criminosa varia no tempo e no espaço, tudo para demonstrar, na esteira do que sustentado por Louk Hulsman (1993, p. 64), que "é a lei que diz onde está o crime; é a lei que cria o criminoso", indicando, assim, a natureza essencialmente política dessa seleção[4].

Além disso, numerosos estudos apontaram que o sistema penal atua em um reduzido número de casos, deixando de lado um volume considerável de fatos legalmente puníveis, o que a doutrina denominou de "cifra negra da delinquência" (HULSMAN, 1993, p. 65). Para Maria Lúcia Karam (1993, p. 179), a existência das cifras ocultas demonstraria o irracionalismo das teorias tradicionais justificadoras da pena[5], pois as "violações não conhecidas da lei penal não produziriam desorganização social, nem constituiriam a ameaça à integridade e à estabilidade social, que estaria a exigir a resposta penal".

Assim, a vertente criminológica crítica, ao se concentrar na investigação dos processos de criminalização e na sua inerente seletividade (GIAMBERARDINO,

3. Essa mudança de compreensão teria surgido, segundo Pedro Abramovay (2010, p. 15), com o aparecimento da sociologia, e, mais especificamente, do pensamento de Émile Durkheim, para quem o crime não seria algo patológico, derivado de uma decisão individual, mas que se apresenta normal e até funcional para a sociedade, tendo causas que devem ser buscadas em outros fatos sociais.

4. Nesse sentido, Howard Becker (2008, p. 20) sustenta que determinado grupo ou organização define os comportamentos proibidos a partir das discussões inerentes aos conflitos políticos. Nils Christie (2017, p. 29), com precisão, afirma que o crime seria "produto de processos culturais, sociais e mentais". Para o criminólogo norueguês, existiriam apenas atos, aos quais seriam atribuídos significados diferentes em razão dos diversos cenários sociais.

5. Salo de Carvalho (2013, p. 177) afirma que a revelação das cifras ocultas, mais que mostrar a seletividade do sistema punitivo, trouxe à tona a alta incidência dos chamados *white colar crimes*, ou seja, dos crimes praticados por pessoas de classe socioeconômica alta, colocando em evidência a superação do paradigma etiológico, o que já vinha sendo denunciado pela crítica criminológica e pelos estudos de Edwin Sutherland, desde o final da primeira metade do século 20.

2015, p. 26), acabou por expor, ainda, a inidoneidade da prisão para cumprir as funções declaradas da pena e para resolver os mais variados conflitos.

O reconhecimento e a significação no marco de estruturação do discurso crítico potencializou a criação de projetos alternativos e de movimentos sociais de ruptura com o sistema prisional (CARVALHO, 2010, p. 359), contribuindo, sobremaneira, para o surgimento de correntes que defendiam a revisão da política criminal centrada na privação da liberdade como medida sancionatória.

Contudo, esse processo de deslegitimação foi encoberto, a partir do final dos anos 1970, por uma massiva demanda por maior criminalização e aprisionamento, sustentada pela política penal do Estado neoliberal, que entendia que os crimes são cometidos em função de escolhas racionais, e que, para diminuir sua incidência, seria necessário aumentar o risco através de propostas de aumento de penas.

Com efeito, foi necessário que o pensamento dominante encontrasse novos discursos e novas teorias justificadoras da sanção penal que negassem a possibilidade de abdicar das respostas tradicionais ao crime, tais como o movimento *Law and Order*, as tendências neorretributivistas da teoria do merecimento, os modelos atuariais e gerencialistas e as teorias funcionalistas-sistêmicas (CARVALHO, 2015, p. 96-97).

Observou-se, assim, o endurecimento da legislação e o incremento da máquina de controle penal, sustentado, em grande parte, pela doutrina da *Guerra às Drogas* e pelo quadro de desequilíbrio econômico e social experimentado pelas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado (KARAM, 2004, p. 71).

Os efeitos dessas doutrinas mais rigorosas e a atuação preferencial pelo paradigma retributivo foram responsáveis, em grande parte, por colocar o Brasil no terceiro lugar em população carcerária do mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da China, segundo os números apresentados pelo último levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN 2017 (LACERDA, 2017).

Ao atingir a marca de 726.712 pessoas privadas de liberdade em um sistema construído para suportar pouco mais de 350 mil vagas disponíveis, dificulta-se, quando não impossibilita, a implementação do objetivo legal de ressocialização do preso. Esse quadro propicia, ainda, a formação de condições ideais para o aumento dos índices de reincidência (ZAMPIER, 2015) e uma situação de permanente desrespeito aos direitos dos presos[6].

6. O Supremo Tribunal Federal reconheceu, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (Relator Min. Marco Aurélio, julgamento: 09.09.2015),

Com efeito, para demonstrar o problema da violência dentro das prisões, investigação patrocinada pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e o Tratamento do Delinquente (ILANUD) concluiu que as mortes por homicídio e suicídio no interior dos estabelecimentos penitenciários são 25 e 8 vezes mais altas, respectivamente, do que na vida em liberdade (ANITUA, 2010, p. 81). Essa seria uma consequência inerente às regras de vida na prisão, onde, além da privação de condições básicas de sobrevivência física, ainda impera um clima de opressão e dependência-dominação, na qual, segundo Louk Hulsman (1993, p. 63), os homens são despersonalizados e dessocializados.

Inobstante essa realidade empírica, refletida na afirmação de Massimo Pavarini (2010, p. 293) de que a crise da pena moderna é mensurável no seu grau de inflação, percebe-se que a prisão ainda é tratada pelo sistema de justiça penal com primazia sobre outras sanções, em virtude de uma visão que aposta em mais criminalização e encarceramento como forma de impactar os números da violência em geral.

No entanto, vários estudos já comprovaram a ausência de correlação entre a prática de crimes e as mudanças na legislação penal e processual[7]. Em pesquisa realizada pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente – ILANUD/Brasil, sobre os impactos da entrada em vigor da Lei 8.072/1990 (lei dos crimes hediondos), a conclusão aponta no sentido da inexistência de redução nos índices de criminalidade após a edição da norma penal. Ao contrário, alguns delitos tiveram aumento exponencial na sua incidência. De acordo com o trabalho, o efeito dessa legislação no sistema penitenciário teve repercussão negativa, considerando o exagerado incremento e ampliação da população prisional decorrente do endurecimento nas regras de progressão e livramento condicional, trazendo enormes problemas de organização e manutenção das prisões (BRASIL, 2005).

Cabe lembrar também, nesse ponto, as lições de Pierangeli e Zaffaroni (2013, p. 73-74), de que o aprisionamento, longe de prevenir infrações[8], converte-se em

que o sistema prisional brasileiro deve ser caracterizado como "estado de coisas inconstitucional", haja vista o quadro de notória e massiva violação aos direitos fundamentais decorrentes da superpopulação carcerária e das condições desumanas das cadeias.

7. Segundo o Atlas da Violência 2017, publicado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, o número de homicídios no Brasil subiu 22,7% no período de 2005 a 2015, não obstante todo o rigor normativo na persecução e execução penal desses tipos de delitos (IPEA, 2017).

8. Rubens Casara (2015, p. 197) cita, nesse sentido, investigação desenvolvida por Peter-Alexis Albrecht, nos Estados Unidos e na Europa, para quem a "ameaça do processo

condicionantes de condutas delitivas, possibilitando o nascimento de verdadeiras carreiras criminosas, já que, além de provocar um efeito perverso e deteriorante sobre o estado físico e mental dos internos, favorecem a estigmatização e a incorporação do desvio na personalidade do encarcerado. Essa visão é compartilhada pelo criminólogo holandês Louk Hulsman (1993, p. 69), quando aduz que:

> "(...) a experiência do processo e do encarceramento produz nos condenados um estigma que pode se tornar profundo. Há estudos científicos, sérios e reiterados, mostrando que as definições legais e a rejeição social por elas produzida podem determinar a percepção do eu como realmente "desviante", e, assim, levar algumas pessoas a viver conforme esta imagem, marginalmente."

Mesmo diante da prevalência da ideologia punitivista e das notórias consequências advindas ao sistema carcerário brasileiro, notou-se uma leve influência das ideais críticas para o cenário político-criminal nacional, a partir do final da década de 1970, no sentido de repensar e substituir, quando possível e recomendável, a pena de prisão (CARVALHO, 2015, p. 312).

Nesse sentido, nas últimas três décadas, algumas mudanças foram implementadas no Brasil visando conter o crescimento da população prisional e simplificar o processo de resolução dos conflitos penais que chegavam ao Poder Judiciário. Primeiro, com a promulgação da Lei de Execução Penal e a reforma da parte geral do Código Penal, em 1984, instituindo as penas restritivas de direito como alternativa à privação de liberdade e, posteriormente, com a edição da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/1995), através da inserção de instrumentos conciliatórios nos casos de infrações criminais de menor potencial ofensivo. Ressalte-se, também, a ampliação dos casos de substituição da pena privativa por restritiva de direitos promovida pela Lei 9.714/1998. Em 2011, foram instituídas medidas cautelares diversas da prisão (Lei 12.403), e, por fim, cumpre mencionar a decisão tomada em 2015 pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADPF 347[9], determinando a realização de audiências de custódia.

Além das medidas acima referidas, também podemos constatar a instituição de diversos mecanismos alternativos de solução dos casos penais, a exemplo da

penal não produz o efeito de prevenção geral pretendido, pouco influenciando o risco da persecução na disposição para o comportamento delituoso".

9. ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09.09.2015, DJe 18.02.2016, publicado em 19.02.2016.

negociação de acordos entre acusação e infrator. Assim, abordaremos, no próximo tópico, o surgimento e a utilização das soluções pactuadas entre as partes como resposta viável para tais conflitos.

3. O consenso como solução possível aos conflitos criminais

A partir da segunda metade do século XVIII, após a forte insurgência revolucionária contra as penas cruéis e degradantes aplicadas durante a Idade Média, nasce o período humanitário e liberal do Direito Penal. Tendo como base a teoria contratualista, que sustentava a unificação das penas e sua medição em tempo, sufragou-se o aprisionamento, não apenas com finalidade de custódia, mas como a "coluna vertebral das penas" (ZAFFARONI, 2013, p. 61), sendo legitimado posteriormente por diversas codificações e sistemas penais como o principal instrumento de sanção penal.

A resolução do conflito criminal, por outro lado, continuou centrada na satisfação da pretensão punitiva – cuja titularidade se concentrou nas mãos do Estado – através da privação da liberdade e na supressão da participação da vítima (ZAFFARONI, 1991, p. 48), seguindo esse panorama até a segunda metade do século XX.

Assim é que, no Brasil, pelo menos até o início dos anos 1980, não havia a possibilidade legal de se impor uma medida substitutiva ao encarceramento, ou uma solução pactuada entre o órgão de acusação e o infrator, ou deste com o ofendido, que implicasse em uma sanção alternativa ao fato delituoso.

Com efeito, os procedimentos criminais regulados pelo ordenamento pátrio eram exclusivamente vinculados aos princípios da obrigatoriedade, pelo qual o Ministério Público tem o dever de propor a ação penal se presentes as condições respectivas, e da indisponibilidade, a qual estabelece que, uma vez oferecida a denúncia, não seria possível ao órgão acusador dispor da pretensão já formulada (BADARÓ, 2015, p. 183).

No entanto, buscando amenizar os efeitos nocivos de uma política penal centrada no encarceramento e no excessivo formalismo, algumas mudanças foram adotadas objetivando trazer limites ao poder punitivo, através da instituição de exceções ao princípio da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal.

Para Scarance Fernandes (2012, p. 207), esse movimento de questionamento ao princípio da obrigatoriedade seguiu o sucedido em outros países da Europa continental, sendo a maior parte das críticas centradas na "descrença cada vez maior (...) de que o Estado pode perseguir toda infração penal".

Assim, foram sendo inseridos no arcabouço normativo mecanismos que preveem espaços para discussão e estabelecimento consensual de responsabilidades em virtude de um fato delituoso, a fim de se obter respostas mais céleres, eficientes e, em determinados casos, desencarceradoras.

Nesse sentido, podemos apontar o acordo de leniência, o acordo de colaboração premiada e o acordo de não persecução penal como instrumentos normativos de negociação da responsabilidade penal do agente infrator, desde que sejam cumpridos alguns requisitos, como a confissão do fato delituoso, a colaboração com a investigação e o ressarcimento dos prejuízos.

Importante destacar que a Lei 12.529/11 reforçou o instituto da leniência, transferindo à Superintendência-Geral do CADE a atribuição de celebrar o acordo, desde que a colaboração do infrator resulte na identificação dos demais envolvidos no ilícito e na obtenção de informações e documentos que comprovem a infração sob investigação.

Assim, nos casos de ilícitos penais contra a ordem econômica, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal), a legislação possibilita a criação de um espaço de negociação entre a Administração e o infrator, de relevantes contornos quanto à tendência de utilização dos métodos consensuais no processo penal (GOMES, 2015, p. 113), no qual a colaboração voluntária e efetiva às investigações afeta drasticamente a instauração de ação penal, acarretando a extinção da punibilidade em caso de cumprimento dos requisitos legais para a celebração do acordo.

Na trilha do direito premial, a Lei 12.850/2013 sistematizou o instituto da colaboração premiada na persecução dos crimes envolvendo organização criminosa, caracterizando-o como um meio "consensuado e regulamentado de obtenção de possíveis provas, de esclarecimento de fatos e de indicação de autoria" (ZILLI, 2017, p. 4).

De acordo com as regras estipuladas no diploma normativo, para que a colaboração seja validamente aceita como meio de obtenção de prova, é imprescindível que tenha sido realizada de forma voluntária e com permanente assistência de defensor em todos os atos, com o objetivo de auxiliar efetivamente a investigação e o processo criminal. Além disso, faz-se necessário que da colaboração seja possível a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas, a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa, a prevenção de infrações

penais decorrentes das atividades da organização criminosa, a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa ou a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Quanto às consequências processuais de eventual colaboração prestada em sede de investigação criminal, a lei autoriza que o Ministério Público não ofereça denúncia quando o colaborador não for o líder da organização criminosa e seja o primeiro a prestar efetiva colaboração.

Para Vinicius Gomes de Vasconcelos (2015, p. 123), trata-se de uma possibilidade inovadora no ordenamento jurídico, que abre uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública amparado em um acordo de negociação com a acusação estatal, conferindo imunidade ao investigado.

O colaborador também poderá obter o perdão judicial, a depender da relevância da colaboração prestada, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial.

Outro exemplo de mecanismo instituído visando conferir maior eficiência à persecução penal, procurando priorizar recursos em casos mais graves, encontra-se na Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público.

O instrumento normativo criou a figura do "acordo de não persecução penal", proposto pelo Ministério Público ao ofensor, nos casos de crimes cometidos sem violência e grave ameaça, desde que, confessada a prática do delito e indicadas as eventuais provas da conduta criminosa, o agente concorde, cumulativamente ou não, a reparar o dano ou restituir a coisa à vítima; a renunciar voluntariamente a bens e direitos, de modo a gerar resultados práticos equivalentes aos efeitos genéricos da condenação, nos termos e condições estabelecidos pelos artigos 91 e 92 do Código Penal; a comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail; a prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; a pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, àentidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito e a cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

Assim, é inegável que os institutos acima mencionados trabalham com o propósito de incentivar a confissão de práticas delituosas pelo próprio infrator, o qual deveria colaborar com as investigações para, em troca, receber imunidade criminal, ou redução das penalidades aplicáveis. Trata-se, portanto, de manifestação de vontade do próprio autor do fato em confessar a prática de fatos delituosos em troca da não submissão à justiça penal ou de condições mais vantajosas em termos de sanções.

Em outra vertente, a criação dos Juizados Especiais Criminais tornou possível a adoção de acordos através da negociação entre Estado-acusação e infrator, ou mediante a composição entre este e a vítima, dando primazia às soluções reparatórias e/ou compensatórias, através de institutos como a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

A legislação referida instituiu uma nítida distinção de tratamento processual para os delitos de pequena criminalidade, com aposta nos espaços de consenso em infrações de baixa repercussão social (GIACOMOLLI, 2009, p. 48), simplificando sua resolução, poupando importantes recursos em questões de pouca relevância penal.

Daniel Achutti (2016, p. 150) afirma que essa transformação "representou a adoção de um modelo judicial que trazia para o cenário processual penal a vítima e os seus interesses como questões centrais para a resolução dos conflitos". Segundo o autor mencionado, essa abertura de diálogo com o causador do dano seria essencial para encontrar "uma maneira mais construtiva de enfrentamento da situação do que a tradicional via da punição".

No entanto, observa-se que grande parte dos instrumentos consensuais apontados têm sua incidência localizada em respeito a conflitos que não causam um impacto significativo na redução do sistema prisional. Nesse sentido, convém trazer a lume a esclarecedora crítica de Maria Lúcia Karam (2010, p. 341) quanto ao real papel dos substitutos penais:

> "As penas ditas alternativas – penas outras que não a prisão, restritivas e não privativas de liberdade – surgem paralelamente à simbolicamente indispensável e crescentemente mais rigorosa pena privativa de liberdade. Não surgem como reais substitutivos da prisão, no sentido de uma amenização de seus sofrimentos, de uma humanização da pena, e, sim, como um meio paralelo de expansão do poder punitivo."

Thomas Mathiesen (2006, p. 192) argumenta, nesse sentido, que as experiências com penas alternativas à prisão no Ocidente não contribuiriam para a diminuição das crescentes taxas de encarceramento. No mesmo sentido, Lola Aniyar

de Castro (2010, p. 92), ao fazer uma análise da situação venezuelana, conclui que, apesar do crescimento da aplicação de alternativas, houve um aumento considerável também no encarceramento na região.

Além disso, constata-se que inexiste uma preocupação real em inserir as necessidades das vítimas de delitos na resolução dessas situações problemáticas, mantendo-a ainda em lugar periférico no processo (LIMA, 2015, p. 157).

Percebe-se que a maioria dessas inovações teve como impulso principal a celeridade dos procedimentos e a priorização de reparações que se reduzem estritamente aos prejuízos econômicos (GIAMBERARDINO, 2015, p. 53), colocando em plano secundário o objetivo maior da Justiça, que é a pacificação das relações sociais conflituosas, permanecendo, assim, o afastamento da vítima do processo decisório e a exclusão e estigmatização do ofensor.

Segundo Daniel Achutti (2016, p. 155), a rapidez dos procedimentos e a meta de produtividade[10] criaram sérios obstáculos na efetivação dos objetivos da legislação, que são a reparação da vítima e a preferência por processos informais que proporcionem o diálogo entre as partes.

No âmbito dos Juizados Especiais Criminais, por exemplo, a ideia de conciliação vem sendo utilizada como mera ferramenta de resolução célere dos conflitos, a fim de cumprir metas de produtividade, negligenciando as particularidades do conflito[11], sendo necessário retirar a vítima de uma posição passiva, trazendo-a para o momento de resolução do conflito, concedendo-lhe posição de destaque dentro do procedimento (CUNHA, 2014, p. 33).

A respeito da importância de conferir voz ativa aos envolvidos em uma situação problemática, Louk Hulsman (1993, p. 102) entende imprescindível que as pessoas sejam protagonistas de seus próprios conflitos, pois "as explicações mútuas, a troca das experiências vividas e, eventualmente, a presença ativa das pessoas psicologicamente próximas, podem conduzir, num encontro desta natureza, a soluções realistas para o futuro".

Por outro lado, não se pode deixar de mencionar as críticas aos institutos negociais utilizados pelo Estado-acusação, assim resumidas por Ferrajoli (2014, p. 690):

10. Nesse sentido, a bem fundamentada crítica de Nereu Giacomolli (2009, p. 54), para quem a Justiça Criminal não pode servir unicamente ao fim produtivo, mas deve buscar a harmonia das relações sociais afetadas com a conduta delituosa.

11. A propósito, o valioso ensinamento de Louk Hulsman (1993), para quem a determinação de uma linha de reação a uma situação conflituosa deveria estar sempre ligada ao caso concreto.

> "A negociação entre acusação e defesa é exatamente o oposto do contraditório, que é próprio do método acusatório, e reclama acima de tudo práticas persuasórias consentidas pelo segredo, na relação ímpar que é própria da inquisição. O contraditório, de fato, consiste no confronto público e antagonista entre as partes em condições de paridade. E nenhum contraditório existe entre as partes que realizam o acordo entre si em condições de disparidade."

Quanto aos instrumentos previstos na Lei dos Juizados Especiais Criminais, critica-se a ausência do caráter consensual dessas medidas, na medida em que, nos casos de transação penal, por exemplo, o órgão de acusação comparece à audiência preliminar com uma proposta fechada, colocando o autor do fato em uma situação de desigualdade, coagido a aceitar os termos do acordo, correndo o risco, caso não se submeta ao ajuste, de ter contra si instaurado um processo penal e, se for condenado, receber uma pena mais alta[12] (ACHUTTI, 2016, p. 156).

Assim, mostra-se extremamente salutar, de maneira a reduzir a expansão do sistema penal, já em franco desequilíbrio, propostas que visem inserir um novo modelo de administração desses conflitos, que possam oferecer um caminho baseado na participação dos principais envolvidos na resolução das situações problemáticas.

Esse horizonte pode ser vislumbrando com instauração da justiça restaurativa, a qual será abordada no próximo capítulo.

4. A justiça restaurativa no Brasil e a necessidade de uma sistematização normativa

A justiça restaurativa pode ser conceituada como um método de resolução de conflitos que se utiliza de técnicas autocompositivas e consensuais, através da efetiva participação da vítima, do ofensor e, sempre que possível, da comunidade atingida pelo delito[13], que, juntos, decidem a melhor forma de ação no caso concreto, viabilizando, a partir da análise das particularidades de determinada situação problemática, maiores chances de pacificação social, seja através da

12. Para Maria Lúcia Karam (2010, p. 344), trata-se de uma negociação "cujo objetivo é fazer com que uma das partes tenha sempre assegurada sua satisfação, nada tendo a perder, enquanto a outra, além de negociar sobre pressão, nada terá a ganhar".

13. A participação no processo restaurativo de pessoas da comunidade é essencial, pois são elas que, geralmente, irão propor as soluções para os problemas do seu entorno, ressaltando e refletindo sobre pontos importantes do contexto delitivo, promovendo uma verdadeira mudança cultural e social (ASSUMPÇÃO; YAZBEK, 2014, p. 44).

compreensão, pelo sujeito, da sua responsabilidade e das consequências de seu ato, seja pelo conhecimento direto do ofendido a respeito dos motivos e das circunstâncias que levaram ao cometimento da infração[14].

Esta metodologia possibilita que os principais envolvidos com o fato se tornem os responsáveis pela sua resolução, através do diálogo, que promove escuta e respeito com o próximo, assim como favorece a autorresponsabilidade e o compromisso de reparar os danos causados.

De acordo com Maria Coeli Nobre da Silva (2015, p. 94), a "intencionalidade de assumir a obrigação reparadora é eticamente superior a uma imposição punitiva do sistema legal, corroborando tanto para a ressocialização do infrator, como para amenizar, na pior das hipóteses, o sofrimento da vítima".

As primeiras discussões sobre justiça restaurativa datam da década de 1970, a partir das experiências práticas pontuais de mediação vítima-ofensor no Canadá. Sabe-se, no entanto, que essa modalidade de resolução de conflitos, de viés reintegrador e restaurativo, esteve presente em muitas sociedades pré-modernas e nas tradições e costumes indígenas, tendo sido detectada, por exemplo, no Código Hamurabi (1.700 a.C.) e observada entre povos da Nova Zelândia, da Austrália, da África, da América do Norte, bem como nas sociedades pré-estatais da Europa (ASSUMPÇÃO; YAZBEK, 2014, p. 44-46).

O ressurgimento dessas práticas se deu, primeiramente, em países que adotam o sistema *common law*, considerando a discricionariedade que possui o órgão de acusação para processar criminalmente os ofensores, decorrente do princípio da oportunidade (NETO; ALMEIDA, 2015, p. 105).

Esse novo olhar sobre a questão criminal chamou a atenção da Organização das Nações Unidas, que se pronunciou favoravelmente à justiça restaurativa publicando a Resolução nº 2002, de 24 de julho de 2012. De acordo com a ONU, considera-se como restaurativo qualquer processo que tenha a participação ativa das pessoas afetadas na resolução de conflitos, geralmente com a intermediação de um facilitador.

Os fundamentos que propiciaram o surgimento da Justiça restaurativa são frequentemente relacionados aos movimentos pelos direitos das vítimas e das mulheres, à recuperação do poder comunitário e às correntes da criminologia que desnudaram o fracasso das funções declaradas da pena e o funcionamento desta como um sistema de controle político e social.

14. Para Violeta Daou (2014, p.132), saber o que levou a pessoa a determinado comportamento pode ser o primeiro passo para a busca de soluções mais amplas e duradouras.

De acordo com Daniel Achutti (2016, p. 56), a luta pelos direitos civis também representou um importante ponto crucial para a emergência da justiça restaurativa, pois, assim como os movimentos feministas, chamava atenção para os direitos dos presos e o mau tratamento das vítimas na justiça criminal, excluídas de participação na resolução do conflito.

Uma das principais contribuições para o surgimento da visão restaurativa sobre a questão criminal veio da difusão de ideias da criminologia crítica. Nesse sentido, Raquel Tiveron (2014, p. 254) afirma que "a justiça restaurativa se assemelha à escola crítica por não haver se conformado com a ordem existente e por buscar alternativas para os mitos da lei, da prisão, da punição etc.", compartilhando a ânsia de empoderamento dos excluídos do sistema criminal[15].

Nesse contexto de participação ativa dos principais envolvidos com a resolução do conflito penal, que assumiu relevância internacional após normatização em esferas como a Organização das Nações Unidas, destaca-se a introdução, no Brasil, em 2004, de projeto fomentado pelo Ministério da Justiça e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), tornando-se referência para que o Conselho Nacional de Justiça, posteriormente, desse primordial atenção para o método restaurativo para enfrentar a violência.

Assim, foram sendo concebidas as primeiras experiências em justiça restaurativa no Brasil, sendo as principais os projetos-pilotos localizados nos Estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e na cidade de Brasília, fomentadas pelo projeto "Implementando Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro", desenvolvido no final de 2004 pela Secretaria da Reforma do Judiciário, vinculada ao Ministério da Justiça[16].

---

15. De acordo com Salo de Carvalho (2013, p. 194), a exposição das reais funções exercidas pelo direito penal, relativas à "histórica função de gestão dos excedentes", é um dos mais importantes legados da criminologia crítica. Segundo o mesmo autor (ob. citada, p. 199), a abertura transdisciplinar e a crítica criminológica teriam exposto uma "nova ferida narcísica do saber penal", ao revelar a sua absoluta incapacidade de proteção de quaisquer valores.

16. O programa de justiça restaurativa de Porto Alegre/RS se destina aos jovens em conflito com a lei, sendo realizado junto à 3ª. Vara da Infância e Juventude. Os casos eram selecionados quando havia confissão por parte do adolescente e uma vítima identificada, salvo em situações de latrocínio, homicídio, estupro e conflitos familiares. Em 2010, o Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu o projeto como um programa de justiça restaurativa, atualmente denominado de Central de Práticas Restaurativas. Outra experiência de justiça restaurativa localiza-se em Brasília, junto aos 1º e 2º Juizados Especiais de competência geral do Núcleo Bandeirantes,

Destacam-se, nesse sentido, os programas restaurativos verificados nos centros de internação de infratores e nas Varas da Infância e da Juventude, o que culminou com a aprovação da Lei 12.594/12, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), e que estabeleceu, no seu art. 35, que a execução das medidas socioeducativas terá como "prioridade a prática ou medidas que sejam restaurativas, e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas".

Diante das experiências e dos resultados alcançados, fora aprovada, no final de 2015, no 9º Encontro Nacional do Poder Judiciário, a Meta 8, cujo objetivo traçado visava implementar projeto com equipe capacitada para oferecer práticas de justiça restaurativa nos tribunais estaduais do país até 31 de dezembro de 2016.

Os resultados da Meta Nacional nº 8 estão publicados no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça[17] , e apresentam o desempenho de 17 (dezessete) tribunais estaduais que conseguiram colocar em prática 100% dos objetivos lançados pela Meta 8, tendo sido alcançado um percentual de 78,31% de cumprimento relativo a todo o segmento da justiça estadual no território nacional.

Considerando a necessidade de uniformização da matéria, o Conselho Nacional de Justiça, em consonância com as recomendações internacionais editou, em 31 de maio de 2016, a Resolução nº 225, dispondo sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário.

A Resolução do CNJ reforça a necessidade de mudança do paradigma penal atual, promovendo a interação comunitária, institucional e social diante do fenômeno da violência. Pretende-se, por meio dessa política, expandir o círculo dos interessados no processo, incluindo o ofensor, a vítima, seus familiares e a comunidade. Tal inclusão é condição necessária para a realização da justiça restaurativa (ZEHR, 2015, p. 27).

As práticas restaurativas deverão visar à satisfação das necessidades de todos os envolvidos, sem perder de foco a responsabilidade ativa daqueles que

que trabalha com delitos de menor potencial ofensivo, adotando-se o procedimento de mediação vítima-ofensor. Por fim, temos o projeto concebido em São Caetano do Sul/SP, coordenado pela vara da Infância e da Juventude, cujas vertentes eram: jurisdicional, com foco nos atos infracionais de conhecimento do Juízo e educacional, sujeitos a qualquer infração verificada nas escolas parceiras do projeto e que eram encaminhadas à vara (ACHUTTI, 2016, p. 232-233).

17. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/04/bfffc27bc60f77f2850b4a22f525d992.pdf]. Acesso em: 29.11.2017.

contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso, além de trabalhar o empoderamento da comunidade e a recomposição do tecido social rompido pelo conflito (art. 1º, III).

De acordo com a resolução, o procedimento restaurativo pode ocorrer de maneira alternativa ou concorrente com o processo convencional (art. 1º, § 2º). Os fatos reconhecidos no ambiente restaurativo são incomunicáveis com a instância penal (art. 2º, § 1º), assegurando o direito à retratação até a homologação do acordo e à orientação jurídica em qualquer estágio do procedimento (art. 2º, §§ 2º e 3º).

Por último, o instrumento normativo editado pelo CNJ prevê que o acordo restaurativo, proposto e aceito de livre e espontânea vontade por todos os envolvidos, deve conter obrigações proporcionais e razoáveis, que respeitem a dignidade de todos os envolvidos (art. 2º, § 5º).

A justiça restaurativa, nesse contexto, pela sua informalidade e simplificação de seus atos, favorece uma atuação mais próxima dos indivíduos na construção da solução dos problemas decorrentes de um delito, principalmente pelo fato de envolver a comunidade no trato dessas questões[18]. Trata-se, portanto, de colocar em prática um enfoque diferente com viés humanitário na resolução do problema da criminalidade. Nesse sentido, Raquel Tiveron assevera (2014, p. 117):

> "Imperiosa é, por fim, a mudança de orientação na política criminal brasileira para uma responsabilização proveitosa do ofensor, reparando vítima e comunidade atingidas, envolvendo todos no processo de sua reinserção social, tal como aventa a justiça restaurativa."

Além disso, a justiça restaurativa propõe, através dos seus diversos métodos, que se adote como base de trabalho um processo transformativo que vai contribuir para a ressignificação das relações sociais rompidas com o conflito, indo ao encontro dos objetivos de nossa República que é a construção de uma sociedade mais justa e solidária.

Deve-se levar em consideração que a implantação de procedimentos restaurativos no âmbito criminal, apesar de ser uma realidade no Brasil, com maior aplicabilidade em Juizados da Infância e Juventude e em Juizados Especiais

18. Para Hugo Leonardo Rodrigues Santos (2015, p. 52), a informalidade da justiça restaurativa tem como benefício a possibilidade de promover a participação de todos os envolvidos na busca de soluções reais para os problemas decorrentes de uma conduta danosa.

Criminais[19], carece de uma regulamentação normativa a fim de ampliar seu alcance para outras infrações penais. Isso porque esses métodos não devem ficar restritos aos conflitos de menor potencial ofensivo[20], já que a abordagem restaurativa é igualmente aplicável para casos mais graves (ZEHR, 2015, p. 24).

Compreende-se, assim, que grande parte dos tipos penais previstos no ordenamento jurídico pátrio poderia facilmente ser remetida a uma solução não institucionalizada, a exemplo da via restaurativa. A propósito, verifica-se que um número considerável dos encarcerados pelo sistema responde a processos por crimes praticados sem violência, a exemplo do furto, e que poderiam, nesse sentido, servir-se dos métodos restaurativos, a fim de reduzir a aplicação de medidas privativas de liberdade em situações desnecessárias.

Percebe-se, pois, na linha traçada por Raquel Tiveron (2014, p. 54-55), que a justiça restaurativa poderia servir de auxílio à crise de legitimidade da pena estatal, ao diminuir a violência do aprisionamento e ao mitigar a seletividade do sistema penal, oferecendo, ainda, "novas propostas finalísticas para a pena, como a de reparação e de comunicação ao ofensor da reprovabilidade de sua conduta (presente na chamada vergonha reintegradora)".

Com efeito, considerando a necessidade de superação de paradigmas envelhecidos, e levando em conta que não se propõe aqui um substituto para o sistema judicial, mas apenas uma alternativa que traga menos sofrimento e exclusão, e que possa reduzir nossa dependência ao encarceramento, justifica-se a propositura de um modelo normativo de justiça restaurativa de ampla aplicabilidade em matéria criminal, em que se verifique a delimitação da sua área de atuação e a instituição de condições para o encaminhamento do caso às instâncias restaurativas.

5. Conclusão

A crise pela qual passa o sistema prisional brasileiro é resultado de uma doença crônica que encontra terreno fértil para se espalhar na ausência de uma leitura

19. Isso porque as normas da Lei 9.099/95 comportam clara exceção ao princípio da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, abrindo margem para a aplicação de uma justiça mais célere, ou seja, a possibilidade de efetivação prática da justiça restaurativa (JATOBÁ; DELFINO, 2015, p. 17).

20. André Giamberardino (2015, p. 209) afirma que limitar a utilização de práticas restaurativas às infrações de menor potencial ofensivo, ou àquelas sem violência ou grave ameaça à pessoa, não tem respaldo algum na teoria e na prática da Justiça Restaurativa.

crítica do fenômeno criminal e diante da falta de uma metodologia de abordagem mais humana, participativa e heterogênea frente aos conflitos sociais.

O alinhamento ao método retributivo para lidar com os impactos do crime provocou um encarceramento em massa, prejudicando as políticas públicas de reabilitação do preso, sendo notória, ainda, a falta de capacidade do processo penal clássico de atender as necessidades dos prejudicados e da comunidade.

Visando amenizar os problemas decorrentes do excessivo aprisionamento e a morosidade do aparelho judiciário, o ordenamento jurídico propõe alternativas ao processo penal, através da adoção de diversos instrumentos jurídicos que possibilitam, através de consenso entre as partes, o desfecho antecipado da causa com consequências não prisionais para o indivíduo, flexibilizando o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

No entanto, a maioria desses instrumentos consensuais tem aplicabilidade restringida a determinados delitos, reduzindo a possibilidade de amenizar os efeitos nocivos do encarceramento. Além disso, em muitos dos casos apontados, inexiste a possibilidade real de inserir as necessidades das vítimas na resolução dessas situações problemáticas, privilegiando-se as soluções rápidas com viés, essencialmente, na reparação do prejuízo material.

No entanto, sabe-se que os métodos restaurativos oferecem, no contexto dessas reflexões mais modernas e críticas sobre a questão criminal, uma experiência reparadora e inclusiva para todos os envolvidos, pois coloca a vítima para o centro das discussões, ao se estabelecer como prioridade a identificação e reparação dos danos sofridos, através de um processo que procura estimular o ofensor a compreender o mal causado e as consequências da conduta danosa, favorecendo o cumprimento das condições pactuadas entre as partes.

Em nossa opinião, é preciso ir além das propostas hoje existentes de aceleração dos procedimentos criminais com base no consenso entre infrator e Estado-acusação, que se veem, ainda, interpretadas em um contexto punitivo e de atingimento de metas de produtividade, para se adotar soluções concretizadas a partir do diálogo entre os envolvidos, a fim de fortalecer o papel da vítima nesse processo.

Assim, entende-se viável a instituição das práticas restaurativas no âmbito criminal, o que deve ser feito através de legislação específica, ou em complemento ao novo código de processo penal ora em discussão no congresso nacional, objetivando reduzir, na medida do possível, a utilização da pena privativa de liberdade como resposta aos conflitos sociais, na esteira do que preconizado pelos princípios do Direito Penal e pelas normas e convenções internacionais que tratam da matéria.

6. Referências bibliográficas

ABRAMOVAY, Pedro Vieira. O grande encarceramento como produto da ideologia (neo)liberal. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ANITUA, Gabriel Ignacio. A América Latina como instituição de sequestro. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BECKER, Howard Saul. *Outsiders*: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Meta 8 de 2016 – Justiça Estadual. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/04/bfffc27bc60f77f2850b4a22f525d992.pdf]. Acesso em: 29.11.2017.

BRASIL. Ministério Público Federal. Relatório final de pesquisa: a lei de crimes hediondos como instrumento de política criminal. São Paulo: ILANUD, 2005. Disponível em: [http://www.prsp.mpf.gov.br/prdc/area-de-atuacao/torviol-polsist/Relatorio%20ILANUD%20-%20A%20Lei%20dos%20Crimes%20Hediondos%20como%20instrumen.pdf/view]. Acesso em: 09.05.2017.

BRASIL. Resolução 225 de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. DJe/CNJ, nº 91, de 02/06/2016a, p. 28-33. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2289]. Acesso em: 12.11.2016.

BRASIL. Resolução 822 de 28 de janeiro de 2010. Declara a existência da central de práticas restaurativas junto ao juizado da infância e juventude da comarca de Porto Alegre, estabelecendo indicadores para o monitoramento do trabalho desenvolvido. TJRS, 2010. Disponível em: [http://jij.tjrs.jus.br/paginas/docs/justica-restaurativa/microsoft-word-822-2010-criacao-da-central-de-pratica-restaurativa.pdf]. Acesso em: 03.12.2017.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo de. Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira (Org). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTRO, Lola Aniyar de. Matar com a prisão, o paraíso legal e o inferno carcerário: os estabelecimentos "concordes, seguros e capazes". In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira (Org). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

CHRISTIE, Nils. *Limites à dor*: o papel da punição na política criminal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

CUNHA, Milenna Marjorie Fonseca da. A *conduta da vítima na teoria do injusto penal*. 2013. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

DAOU, Violeta. A postura do facilitador. In: GRECCO, Aimée (Org.). *Justiça restaurativa em ação*: Práticas e reflexões. São Paulo: Dash, 2014.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Tradução: Lígia M. Pondé Vassalo. 9 ed. Petropólis: Vozes, 1987.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais*: Lei 9.099/95: abordagem crítica. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da pena e justiça restaurativa*: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas*: O sistema penal em questão. Tradução: Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: LUAM, 1993.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Atlas da Violência 2017. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/170602_atlas_da_violencia_2017.pdf]. Acesso em: 08.06.2017.

KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Niterói: Luam, 1993.

KARAM, Maria Lúcia. Pela abolição do sistema penal. In: PASSETI, Edson (Coord.). *Curso livre de abolicionismo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

LACERDA, Fernando Hideo. Infopen 2017: o processo penal de exceção em números. Justificando, 8 dez. 2017. Disponível em: [http://justificando.com/2017/12/08/infopen-2017-o-processo-penal-de-excecao-em-numeros/]. Acesso em: 10.12.2017.

LIMA, Wânia Cláudia Gomes Di Lorenzo. Atos Infracionais, socieducação e cultura de paz: Perspectiva restaurativa como instrumento de retratação e de direitos humanos. In: BRAGA, Romulo Rhemo Palilot (Coord.) *Direito penal da vítima*: justiça restaurativa e alternativas penais na perspectiva da vítima. Curitiba: Juruá, 2015.

MATHIESEN, Thomas. *Prison on trial*. 3. ed. Winchester: Waterside Press, 2006.

NETO, Felix Araújo; ALMEIDA, Laryssa Mayara Alves de. O monitoramento eletrônico aplicado como medida restaurativa nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar. In: BRAGA, Romulo Rhemo; SILVA, Maria Coeli Nobre da (Coords.). *Direito penal da vítima*: justiça restaurativa e alternativas penais na perspectiva da vítima. Curitiba: Juruá, 2015.

PAVARINI, Massimo. O encarceramento em massa. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira (Org). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

SILVA, Maria Coeli Nobre da. A execução penal de medidas e penas alternativas no Brasil: Da segregação à restauração. In: BRAGA, Romulo Rhemo Palilot (Coord.) *Direito penal da vítima*: justiça restaurativa e alternativas penais na perspectiva da vítima. Curitiba: Juruá, 2015

SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao Direito penal*: criminologia, princípios e cidadania. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

TIVERON, Raquel. *Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal*. Brasília: Thesaurus, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução: Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: Parte geral. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ZAMPIER, Débora. Um em cada quatro condenados reincide no crime, aponta pesquisa. CNJ Notícias, 15 jul. 2015. Disponível em: [http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79883-um-em-cada-quatro-condenados-reincide-no-crime-aponta-pesquisa]. Acesso em: 16.05. 2017.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes*: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZILLI, Marcos. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 25, n. 300, 2017.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Abrir espaço para as soluções consensuais no processo penal brasileiro? reflexões a partir do modelo empregado na cidade autônoma de Buenos Aires, de Antonio Eduardo Ramires Santoro e Klever Paulo Leal Filpo – *RBCCrim* 150/121-144 (DTR\2018\22442);
- Justiça juvenil restaurativa: como prevenir o risco de expansão da rede penal? Reflexões a partir de estudo empírico na 17ª Vara Cível da Comarca de Aracaju (adolescentes em conflito com a lei), de Daniela Carvalho Almeida da Costa, Karyna Batista Sposato e Jéssica Menezes Martins Cardoso – *RBCCrim* 158/127-162 (DTR\2019\35712);
- Justiça juvenil restaurativa e famílias: mapeando práticas e resultados nas regiões Norte e Nordeste, de Jéssica Silva da Paixão e Isabel Maria Sampaio Oliveira Lima – *RBCCrim* 158/263-285 (DTR\2019\35716);
- 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); e
- Punir, restaurar ou transformar? Por uma justiça emancipatória em casos de violência doméstica, de Cecília MacDowell Santos e Isadora Vier Machado – *RBCCrim* 146/241-271 (DTR\2018\18281).

Justiça, verdade e prova penal

Justice, truth and evidence

Diogo Erthal Alves da Costa

Mestrando em Direito Penal e Ciências Criminais na Universidade de Lisboa – Portugal. Especialista em Inteligência de Estado e Inteligência de Segurança Pública pela Faculdade de Direito Milton Campos, em parceria com a Associação Internacional para Estudos de Segurança e Inteligência (INASIS) (2017). Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.
diogo.erthal@mprj.mp.br; dc5@campus.ul.pt

Recebido em: 21.01.2019
Aprovado em: 15.03.2019
Última versão do autor: 27.03.2019

Áreas do Direito: Fundamentos do Direito; Penal; Filosofia

Resumo: Constatadas as várias limitações (epistemológicas ou não) que inviabilizam a certeza quanto ao alcance da verdade no processo, o objetivo deste artigo é analisar a existência de relação entre justiça, verdade e prova que permita legitimar o processo penal mesmo diante da inafastável possibilidade de condenação de inocentes. Após revisão bibliográfica, foi possível desenvolver reflexão teórica e filosófica sobre o tema, alcançando a conclusão de que tal legitimação é possível com a redução do risco de erro na condenação, porém dependente do reconhecimento da função cognitiva da prova, da racionalidade na sua valoração e de respeito a *standard* de prova adequado.

Palavras-chave: Justiça – Verdade – Prova – Racionalidade – *Standard* de prova.

Abstract: Verified the various limitations (epistemological or not) that restrain the certain about truth in the process, the objective of this article is to analyze the existence of a relationship between justice, truth and evidence that allows to legitimize the criminal process even in the face of the unavoidable possibility of condemnation of innocents. After a bibliographical review, it was possible to develop theoretical and philosophical reflection on the subject, reaching the conclusion that such legitimation is possible with the reduction of the risk of error in condemnation, but dependent on the recognition of the cognitive function of the evidence, the rationality in its valuation and the existence of adequate standard of proof.

Keywords: Justice – Truth – Evidence – Rationality – Standard of proof.

Sumário: 1. Introdução. 2. Relação entre justiça e verdade no processo penal. 3. Limitações ao conhecimento da verdade. 4. Valoração da prova e motivação da decisão. 4.1. Valoração da prova. 4.2. Motivação da decisão sobre as provas. 5. Distribuição de risco de erros e *standards* de prova. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

Costa, Diogo Erthal Alves da. Justiça, verdade e prova penal.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 161. ano 27. p. 187-225. São Paulo: Ed. RT, novembro 2019.

1. Introdução

O Direito é uma ordem de convivência humana que tem a Justiça como sentido[1]. Busca garantir a liberdade de todos limitando o arbítrio de cada um. Para tanto, apesar de não ser definido pela coercibilidade, dela depende para que haja ordem e paz[2].

Nesse sentido, o convívio em sociedade não pode prescindir do Direito Penal como instrumento de proteção dos bens mais relevantes. A gravidade da intervenção penal sobre a liberdade do transgressor exige que a criminalização da conduta respeite o princípio da culpabilidade e seja sempre mediada pelo filtro da necessidade da pena. Entretanto, respeitados estes, havendo a prática do delito, a sanção deve efetivamente recair sobre o autor do crime para satisfação dos seus fins.

No Estado Democrático de Direito, outrossim, as decisões judiciais não podem ser compreendidas como meras manifestações de poder, mas devem ser pautadas pela racionalidade possível, respaldadas pelo Direito vigente e servir de instrumento para a obtenção de justiça.

Sendo a culpabilidade pressuposto e limite da responsabilização criminal, por imperativo de justiça, ganha relevo a questão da verdade acerca da prática do crime pelo acusado, sob pena de o processo se transformar em violência estatal arbitrária.

Pressupõe, portanto, a devida averiguação dos fatos pretéritos imputados e a identificação das normas válidas incidentes para então ser ditado pelo julgador o Direito aplicável ao caso concreto.

No entanto, por melhor que seja a produção probatória, há várias limitações (epistemológicas ou não) que inviabilizam a certeza quanto ao alcance da verdade no campo processual.

Assim, como superar o conflito entre justiça, diante da inafastável possibilidade de que a condenação seja equivocada, e segurança, que não prescinde da coercibilidade do Direito Penal como instrumento de ordenação social?

O presente estudo aborda, no campo penal, a relação da justiça com a verdade e a prova, buscando compreender se a redução da probabilidade de erro judicial

1. MACHADO, João Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 32.
2. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 221-222.

na condenação de inocente através da contenção da arbitrariedade do julgador na análise sobre os fatos submetidos à julgamento é apta a conferir sentido de justiça ao Sistema Penal, legitimando sua manutenção.

A análise demonstrará que a justiça depende da compreensão da verdade como correspondência, identificando-se a função instrumental da prova, assim como as limitações ao conhecimento da verdade existentes no processo penal. Seguirá análise das possibilidades de valoração racional da prova e a relevância e imprescindibilidade de motivação da decisão. Na sequência, serão abordadas a utilização do *standard* de prova para distribuição do risco de erro no julgamento e as dificuldades para sua fixação de forma objetiva, apta a permitir o controle da decisão.

Por fim, concluir-se-á pela pacificação do conflito entre justiça e segurança, diante da viabilidade de contenção da total liberdade do julgador na análise de questões de fato, pois, não obstante persista espaço de subjetividade inerente a todo e qualquer ato de investigação, podem ser traçados limites racionais capazes de limitar o arbítrio estatal e reduzir a possibilidade de erro nas condenações.

2. Relação entre justiça e verdade no processo penal

Arthur Kaufmann[3] trata a definição do Direito como sendo o problema histórico da Filosofia do Direito. Explica que se contrapuseram duas linhas principais, os jusnaturalistas e juspositivistas, aqueles advogando a existência de algo indisponível, objetivo, que não se confunde com a lei positivada, estes defendendo, ao revés, que Direito e a lei não se discernem, e o conteúdo desta não tem qualquer importância para a definição. Prossegue asseverando que ambas as abordagens falharam, sendo o direito natural insuficiente para regular e vida em sociedades tão complexas como as atuais e o direito positivo incapaz de evitar o surgimento de regimes perversos como os das ditaduras recentes.

A tentativa de harmonização das posições veio com Gustav Radbruch, ao traçar uma via alternativa no debate histórico, afastando a validade do direito manifestamente injusto, mas não se desligando completamente da segurança jurídica tão cara aos positivistas. Com Radbruch podemos compreender o Direito como

3. KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.), *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Golbenkian, 2015. p. 57-208.

uma realidade que se propõe à concretização da justiça[4]. Pode-se afirmar, ainda nesse aspecto, que a própria ideia de Direito não se desvincula de "uma pretensão de validade, no sentido de pretensão de justiça"[5].

Mas o que podemos entender como justiça? Não obstante as dificuldades e controvérsias para responder à questão, vislumbra-se novamente em Radbruch um caminho a seguir, compreendendo-se justiça em três vertentes, sendo a igualdade como forma, o bem comum como conteúdo e a segurança jurídica como função[6].

Além disso, conforme adverte Kaufmann, não se pode olvidar da liberdade e da coerção e sua relação com o Direito, pois a lei, ao vincular, "possibilita a liberdade geral ao limitar o arbítrio de cada indivíduo"[7]. Como a pessoa depende da comunidade para realização plena de suas potencialidades, as normas que garantem a existência da própria comunidade são pressupostos para o exercício de sua autonomia[8]. O descumprimento das normas significa a ilegítima ampliação da esfera de autonomia em detrimento dos demais, "daí que, no domínio do jurídico, o recurso a meios de coacção para repor a Justiça seja, não apenas *legítimo*, mas até exigível"[9].

Inexistindo razões de política criminal em sentido contrário e mostrando-se necessária a sanção, a não punição do autor do crime configura injustiça. A utilização da força é um imperativo de justiça[10]. No entanto, força e justiça não se

4. RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la filosofía del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1951. p. 47.
5. MACHADO, João Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 33.
6. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p.226-227.
7. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p.221.
8. MACHADO, João Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 35.
9. MACHADO, João Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 35.
10. Nesse sentido, ilustrativa é a recente decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Herzog e outros *vs*. Brasil, proferida em 15.03.2018, em que o país foi condenado por denegação de justiça em razão da "falta de investigação, julgamento e eventual sanção dos responsáveis pela tortura e morte de Vladimir Herzog", reconhecendo a existência de "direito a conhecer a verdade" sobre o crime e ofensa à integridade

confundem. A punição não pode ser fruto de arbítrio, fundada só na força. A injustiça também se revela quando a pena é suportada por quem não praticou o crime.

A verdade sobre a prática do ato criminoso é componente essencial da justiça da decisão, pois a verificação da existência do crime e sua autoria são pressupostos para que a punição devida pelo descumprimento da norma recaia efetivamente sobre o culpado[11]. Os princípios da culpa e da necessidade da pena exigem que o pressuposto de fato da condenação seja verdadeiro[12]. É certo que a "questão da verdade é transversal a todas as ideologias que concebem a decisão justa como finalidade do processo. Nenhuma decisão pode considerar-se justa se se funda em juízos errôneos"[13].

Mas a que nos referimos quando falamos de verdade?

A compreensão que nega a existência da verdade, como adiante será visto, relega à total subjetividade e ao arbítrio judicial a decisão sobre os fatos, o que por certo não se harmoniza com as exigências de justiça na decisão penal. Importante, então, abordar as principais concepções de verdade para verificar qual delas melhor responde ao sentido de justiça que deve pautar o Direito.

A verificação da verdade não vai recair sobre o fato em si, mas sobre enunciado acerca da existência dele[14]. O fato pretérito existe ou não existe. O enunciado sobre sua existência é que pode ser verdadeiro ou não.

---

pessoal dos familiares da vítima em razão da falta de investigação e sanção dos responsáveis pelo crime (Disponível em [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_esp.pdf]. Acesso em: 05.07.2018).

11. O Tribunal Constitucional Português, no acórdão 137/2002, ao abordar o tema da verdade no processo penal reconheceu sua relevância como pressuposto da justiça, relacionando-a com o princípio da culpa e da necessidade da pena, asseverando que "só quem verdadeiramente é culpado pode ser punido e nunca para lá da medida da sua verdadeira culpa" e que "só são necessárias tais sanções quando aplicadas aos verdadeiros agentes de crimes". Com acerto, ainda destacou que a relevância da verdade para a justiça não se harmoniza com – ressalvados os "direitos de defesa do arguido e dos preceitos legais imperativos sobre a admissibilidade de certas provas - qualquer restrição ao poder - dever do juiz de ordenar *ou autorizar* a produção de prova que considere indispensável para a boa decisão de causa – isto é, para a instrução de facto ou para a descoberta da verdade material acerca dele".
12. RAPOSO, João Antonio. O princípio da verdade material. In: DIAS, Augusto Silva et al. (Org.). Liber amicorum *de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*: estudos de direito e filosofia. Coimbra: Almedina, 2009. p. 836-837.
13. LOPES, José António Mouraz. *A fundamentação da sentença no sistema penal português*: legitimar, diferenciar, simplificar. Coimbra: Almedina, 2011. p. 13.
14. TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19-20.

Cuida-se, então, de buscar o conceito de verdade proposicional (afirmação verdadeira x afirmação falsa), o que tem sido objeto de estudo ao longo dos anos, dando ensejo a rico debate filosófico que permitiu o florescimento de incontáveis teorias sobre o tema[15].

Em linhas gerais, as teorias da verdade como correspondência[16] têm como conceito base que aquilo que se afirma é verdadeiro se corresponder à realidade, aos fatos. Aristóteles já expressava tal ideia na Metafísica ao asseverar que "verdade é dizer que o que é, é e que o que não é, não é". Compreendem a verdade como algo objetivo e exterior ao observador[17].

Opondo-se à verdade como correspondência, surgem as teorias da verdade como coerência, segundo a qual "a verdade de um enunciado de fato é somente a função da coerência de um enunciado específico em um contexto de vários enunciados"[18].

Tal compreensão se alinha às narrativas processuais (*story-telling)* e à concepção retórica da prova[19], abandonando-se as exigências de verificação da relação entre os enunciados e a realidade empírica. Com Taruffo[20] é importante admitir

15. Sobre algumas das diversas teorias filosóficas sobre a verdade, *vide* a coleção de artigos editada por LYNCH, Michael P (Ed.). *The nature of truth*: classic and contemporary perspectives. Cambridge: MIT Press, 2001.

16. Para sistematização acerca das diversas teorias da correspondência, *vide* SILVA, Ricardo Tavares da. Verdade e normatividade. *Anatomia do Crime*, n. 6, 2017. p. 209-230.

17. Nesse sentido, Bertrand Russell, adotando a tese de que "a verdade consiste em uma forma de correspondência entre crença e fato", defende que a teoria da verdade deve ter três requisitos: (1) deve admitir o seu oposto, a falsidade, (2) reconhecer que "a verdade e a falsidade são propriedades das crenças e dos enunciados" e (3) admitir que "a verdade ou a falsidade de uma crença sempre depende de alguma coisa externa à própria crença" (RUSSELL, Bertrand. *Os problemas da filosofia*. Florianópolis, 2005 (versão digital com 192 p.). p. 135-146).

18. TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 5.

19. Nesse sentido, Paulo de Sousa Mendes (*Causalidade complexa e prova penal*. Coimbra: Almedina, 2018), ao falar sobre defesas substantivas, afirma que o princípio da verdade material em que juiz e Ministério Público atuam em busca da elucidação da verdade não deve prevalecer, mas o sistema adversarial, para "confiar na disponibilidade das partes para se alcançar a melhor verdade possível" (p. 87), sendo certo que a "verdade no processo não é encontrada, mas é construída através de autêntico procedimento retórico de produção dos fatos" (p. 87-88).

20. TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdade*. El juez y la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 38.

que as histórias são necessárias para reunir diversas peças, fragmentos, combinando-os e conferindo-lhes coerência e sentido, pois "são construções interpretativas de acontecimentos que dão uma forma possível a um conjunto de dados". No entanto, as narrativas "só propõem possibilidades, sem se importar o quanto estão longe da realidade", permitindo a manipulação na reconstrução dos fatos, o que é particularmente danoso no processo, em que há diversas narrativas e interesses contrapostos.

Podem ser construídas narrativas coerentes mas contrapostas entre si acerca dos mesmos fatos. Nessa hipótese, ao menos uma delas vai ser falsa. Assim, a mera exigência de coerência não basta para garantir a justiça da decisão, mormente quando consideramos que um dos principais narradores, o acusado, quando culpado, não tem interesse na correta reconstrução histórica dos fatos, pois pretende evitar a punição cabível.

Como será visto adiante, a coerência tem grande relevância na aproximação da verdade, mas não basta, devendo ser precedida de análise de correspondência dos enunciados que compõem a narrativa com a realidade.

Importa, também, analisar a chamada teoria pragmática da verdade, que enfoca no resultado prático do reconhecimento de um enunciado como verdadeiro. Não há qualquer relação obrigatória com a realidade fática, o que se choca frontalmente com o sentido de justiça que deve nortear a aplicação do Direito, já que no campo penal a culpabilidade é o fundamento da pena e esta só pode recair sobre aquele que realmente praticou o delito. A dignidade humana do acusado impede que a punição se funde apenas em eventuais efeitos benéficos que sua aplicação gere para terceiros.

Por fim, vale mencionar a teoria da verdade como consenso de Habermas, em que deve ser reconhecido como verdadeiro aquele enunciado sobre o qual se chega a um consenso fundado. Encontra-se aqui espaço para a mesma crítica já levantada contra as teorias que desconsideram a verdade como um dado objetivo e independente do investigador. Conforme Kaufmann, na teoria do consenso "a descoberta da verdade se torna num negócio consigo mesmo, que também serve para legitimar como verdadeira a formalmente correta mentira consentida"[21].

Percebe-se, então, que somente uma relação de correspondência entre a realidade empírica do crime e os enunciados sobre sua existência contidos na sentença condenatória pode justificar a imposição de sanção grave como a privação de

21. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 421.

liberdade, mantendo hígida a pretensão de objetividade e a possibilidade de controle, o que não seria possível com insuficientes constatações de mera coerência ou com o surgimento de consensos. No processo penal, a concepção de verdade como algo empiricamente verificável é indispensável[22].

A verdade como correspondência com a realidade é tese que melhor se adequa ao sentido de justiça que deve pautar a aplicação do Direito Penal. Tal inteligência, para além de alinhar-se com a concepção intuitiva de verdade nesta seara jurídica tão sensível, justifica-se pela harmonia que guarda com as garantias conferidas ao cidadão no Estado Democrático de Direito.

Superada a questão do conceito de verdade, é preciso analisar se há critérios de verdade manejáveis no processo penal. Importa dizer, é possível constatar que determinado enunciado corresponde ou não à realidade? Como?

A verificação direta, a confirmação pelos sentidos, é um dos critérios de verdade que se harmoniza com a teoria da correspondência. Se, por exemplo, o enunciado for "a lâmpada está acesa", bastaria ao observador olhar para a lâmpada em causa e constatar se realmente ela está acesa, ou seja, se há correspondência entre o que se afirmou e o que ocorre no mundo empírico.

No entanto, no processo penal, o enunciado se refere a fato pretérito e determinado, que já cessou e é irrepetível no presente, com o qual o julgador não teve contato[23], tornando inviável a verificação direta.

O outro critério de verificação seria o raciocínio lógico. Segundo este, partindo-se de premissas verdadeiras, se validamente utilizada a inferência dedutiva, pode-se afirmar com certeza que a conclusão também é verdadeira[24-25].

---

22. TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdade*. El juez y la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 52.

23. Quanto ao fato criminoso em si, o julgador não deve ter tido contato direto, pois, assim, seria testemunha do mesmo e não teria a imparcialidade necessária para julgar o caso. Nesse sentido, a regra de impedimento do artigo 252, inciso II, do Código de Processo Penal brasileiro. No entanto, em relação, por exemplo, aos efeitos do crime e às circunstâncias que persistirem até o momento da produção de provas, a verificação permanecerá viável. Para ilustrar, imagine-se crime de incêndio, pode o julgador se dirigir até o local e constatar que as chamas consumiram determinado bem.

24. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 111 e 115-116. O exemplo clássico de Charles Sanders Pierce é mencionado por Kaufmann: Norma: todos os feijões deste saco são brancos. Caso: estes feijões são deste saco. Resultado: estes feijões são brancos (p. 111).

25. Importante ressaltar também que mesmo nas inferências dedutivas a validade lógica do raciocínio não se confunde com a verdade, pois, se alguma das premissas for

No entanto, no processo penal, para atingir a conclusão, o julgador, quando não puder se apoiar em determinadas provas científicas[26], não poderá se valer de simples dedução entre premissas, mas terá de recorrer a inferências que produzem conhecimento, lastreado em probabilidade decorrente das máximas de experiência. Estas podem se traduzir por generalizações universalizáveis, com alto grau de probabilidade, mas também podem revelar tão somente noções de senso comum, cuja fiabilidade é variada[27].

Kaufmann[28-29]ensina que na elucidação do crime a inferência utilizada seria a abdução[30], que parte do resultado, indo do particular para o particular, passando pela norma. Douven[31] leciona que o termo "abdução" tem sido utilizado em dois sentidos. Tradicionalmente, conforme lições de Pierce, teria a função de gerar hipóteses, tendo lugar no momento do descobrimento. Atualmente tem sido utilizado como sinônimo de inferência para a melhor explicação (*Inference to the Best Explanation or IBE*), no campo da justificação de hipótese[32]. O certo é que

falsa, não obstante o resultado seja válido logicamente, a conclusão não será verdadeira (GASCÓN ABELLÁN, Marina. La valoración de la prueba (capítulo 13). In: GASCÓN ABELLÁN, Marina (Coord.). *Argumentación jurídica*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014. p. 380).

26. Sobre a confiabilidade da prova pericial, *vide* a obra de VÁZQUEZ, Carmen. *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

27. TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdade*. El juez y la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 237-240.

28. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 117-118.

29. Kaufmann se baseia nos ensinamentos de Charles Sanders Pierce. Sobre análise aprofundada do desenvolvimento da abdução na obra deste último, *vide* NIINILUOTO, Ilkka. Defending abduction. *Philosophy of Science*, 66, 1999. p. S436-S451.

30. O raciocínio abdutivo pode ser considerado como indutivo *em sentido amplo*, este abrangendo todas as inferências ampliativas (não dedutivas). Nesse sentido, DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no* processo: prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 78.

31. DOUVEN, Igor. Abduction. In: ZALTA, Edward n. (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2017 Edition). Disponível em: [https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/abduction/]. Acesso em: 18.07.2018.

32. Para críticas sobre a tese da inferência para a melhor explicação como fundamento de modelo de constatação, *vide* LAUDAN, Larry. Strange bedfellows: inference to the best explanation and the criminal standard of proof. *The International Journal of Evidence & Proof*, v. 11, 2007. p. 292-306; e FERRER BELTRAN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 147.

tal espécie de inferência não permite certeza acerca da veracidade da conclusão, "apenas um maior ou menor grau de probabilidade"[33].

Por tais razões, constata-se que, em regra, no processo penal não há critério de verdade apto a permitir a devida verificação de correspondência entre o enunciado e a realidade empírica, mas apenas critérios de validade[34].

Se a justiça exige para a condenação a plena correspondência entre enunciado e realidade empírica, mas esta não é verificável, toda condenação pode ser injusta, pois não se descarta a possibilidade de estar lastreada em enunciado falso considerado como verdadeiro. Nessa linha, o único meio de impedir por completo a injustiça de condenar um inocente seria não condenar ninguém.

Persistiria, no entanto, outra injustiça, a não condenação do culpado. Mas, tendo como critério as consequências do erro, condenar um inocente é muito mais grave do que absolver um culpado. Quanto mais grave a pena a ser imposta, maior o mal indevido causado a um inocente, mais injusta a condenação equivocada. Quando o delito realmente existiu e o erro se refere à autoria, condenar o inocente pode implicar, ainda, em absolver o real culpado. Assim, em uma análise preliminar, o risco de erro diante da impossibilidade de verificação da verdade levaria à conclusão de que não deve haver condenações.

Entretanto, o Estado moderno depende do poder punitivo para garantia de seus fins e as instituições penais "exprimem uma parte essencial do acordo político que justifica a configuração da Sociedade como Estado"[35]. Não condenar nunca significa despir o Direito Penal de qualquer coercibilidade, inutilizando-o. Retirando sua efetividade, estaria tolhida a segurança do próprio Direito, impedindo a obtenção de segurança através do Direito[36]. Retornaríamos à barbárie, estado de constante medo, à "guerra de todos contra todos"[37].

---

33. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 111-122. O autor ilustra com o seguinte exemplo: partindo do resultado ("Estes feijões são brancos"), passando pela norma ("todos os feijões deste saco são brancos") alcança a conclusão (caso) ("estes feijões são deste saco") (p. 112).
34. PALMA, Maria Fernanda. Introdução ao Direito da Investigação Criminal e da prova. In: PALMA, Maria Fernanda et al. (Coord.). *Direito da investigação criminal e da prova*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 10.
35. PALMA, Maria Fernanda. *Direito constitucional penal*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 18.
36. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 282.
37. Tal expressão remonta a Thomas Hobbes (por exemplo, "Hereby it is manifest, that during the time men live without a common power to keep them all in awe, they are

Exsurge, então, colisão entre justiça e segurança. É possível superá-la?

Primeiramente, importante ressaltar que a possibilidade de erro ora tratada não decorre do acaso, do aleatório, pois, não obstante a inviabilidade da certeza racional quanto ao atingimento da verdade, há caminhos para aproximar-se dela, reduzindo-se a probabilidade de ocorrência do erro judicial.

Com Popper, é possível asseverar que a verdade absoluta não é viável em qualquer esfera do conhecimento humano, estando tombado o "ídolo da certeza"[38]. Entretanto, tal constatação não impede o avanço da ciência. Apesar de a certeza quanto ao atingimento da verdade ser uma impossibilidade, ela permanece como objetivo para os investigadores, devendo ser envidados esforços para a maior aproximação praticável.

Também no processo penal não há que se falar em verdade absoluta, mas a compreensão da prova como instrumento de conhecimento e a busca da racionalidade no julgamento das questões de fato permitem a almejada aproximação e reduzem a chance de condenação equivocada. Não se trata, então, de lançar moedas ao ar, de enfrentar probabilidades idênticas de erro e acerto. Cuida-se de risco residual de erro. Mas algum grau de risco de injustiça é tolerável?

A total intolerância, traduzida pela impossibilidade de qualquer condenação, como exposto, impede em termos absolutos a punição de inocentes, mas abre as portas para o caos total ao esvaziar a utilidade do Direito como garantidor de ordem e paz. Para evitar eventual injustiça, pereceria o próprio Direito, com ele as condições mínimas para suportabilidade da vida.

As tensões entre justiça e segurança não são exclusividade do campo processual penal. Sendo a lei norma geral, natural que diante das angularidades dos casos concretos haja algum grau de desajuste. A indagação então é uma constante na aplicação do Direito em todos os campos: garante-se o cumprimento da norma ou sacrifica-se a segurança em prol da justiça, afastando a regra geral no caso individual? A resposta, mais uma vez, depende da concepção adotada de Direito. Em linhas gerais, positivistas optariam pela segurança e jusnaturalistas pela justiça.

Socorremo-nos, então, novamente, daquele que apresentou proposta tendente a suplantar tal oposição de entendimentos, Gustav Radbruch. Para o referido autor a solução passa justamente pela ideia de grau de injustiça, pois, "se a injustiça do Direito positivo é tal que a segurança jurídica por ele garantida fica

in that condition which is called war; and such a war, as is of every man, against every man" (*Leviathan*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 84).

38. POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix. p. 307.

comprometida, ele deve ceder ante a Justiça"[39]. Apenas a extrema injustiça legal justifica o sacrifício da segurança jurídica[40]. Na questão objeto do estudo, cuida-se de preservar a capacidade de ordenação social do Direito, distribuindo aleatoriamente entre todos aqueles que se beneficiam da segurança jurídica o risco residual da injustiça de uma condenação equivocada. Admite-se pequeno risco geral de injustiça para permitir que a justiça seja alcançada na maioria dos casos.

Mas a possibilidade de condenação de inocente também não se traduziria em insegurança jurídica? Certo que sim, mas aqui também, desde que a probabilidade de erro seja reduzida, não terá aptidão para frustrar de forma significativa as expectativas que recaem sobre o ordenamento, não sendo óbice ao funcionamento do sistema penal, já que a segurança garantida pelas condenações suplanta, em muito, a virtual insegurança decorrente de residual probabilidade de punição indevida.

Mesmo na compreensão de Luhmann do Direito como um sistema social destinado a diminuir complexidade[41], reduzindo a justiça à segurança do Direito, vislumbra-se que havendo a necessária diminuição do risco de condenação injusta, as expectativas gerais permanecerão satisfatoriamente estabilizadas. A previsibilidade dos resultados do Direito, mesmo que não absoluta, faz com que o fator segurança se sobreleve a ponto de o risco ser consentido por todos[42].

Ressalte-se, ainda, a existência de salvaguarda da Justiça na colisão com a segurança jurídica com a possibilidade de revisão da condenação, mesmo transitada em julgado, privilegiando-se a busca da verdade como pressuposto da realização da justiça[43].

---

39. RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la filosofía del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1951. p. 44 (tradução livre).

40. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 285.

41. LUHMANN, Niklas. Law as a social system. *Northwestern University Law Review*, n. 83, 1988-1989. p. 136-150.

42. Sobre a o Direito como fator de segurança e a "legitimidade *ex post,* que decorre da consensualidade dos resultados do direito", *vide* HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito*: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 202-229.

43. Em Portugal, a revisão de sentença transitada em julgado é disciplinada no artigo 449 e seguintes do Código de Processo Penal, sendo cabível quando "a) Uma outra sentença transitada em julgado tiver considerado falsos meios de prova que tenham sido determinantes para a decisão; b) Uma outra sentença transitada em julgado tiver dado como provado crime cometido por juiz ou jurado e relacionado com o exercício da sua função

Assim, desde que os requisitos sejam aptos a diminuir significativamente a possibilidade de erro, não devem ser impedidas as condenações, pois, não se tratando de injustiça grave, se o injusto é distribuído entre todos de forma igual, está preservada a essência da justiça[44].

Tal inteligência vai conformar a própria concepção de processo, que não pode ser entendido apenas como um fim em si mesmo, para conferir-lhe a natureza de meio para aproximação da verdade, sendo esta pressuposto para a realização da justiça[45]. Dessa feita, deve ser reconhecida sua dimensão epistemológica, compreendendo-o como instrumento para alcançar conhecimento e conferir o quanto possível de racionalidade ao decreto condenatório, reduzindo-se a probabilidade de erro e contendo-se o arbítrio na imposição da sanção[46].

3. Limitações ao conhecimento da verdade

Antes de verificar quais as reais limitações epistemológicas ao conhecimento da verdade no processo penal e a possibilidade de, apesar delas, atingir grau de aproximação que reduza o risco de erro a ponto de legitimar o próprio sistema penal como

---

no processo; c) Os factos que servirem de fundamento à condenação forem inconciliáveis com os dados como provados noutra sentença e da oposição resultarem graves dúvidas sobre a justiça da condenação; d) Se descobrirem novos factos ou meios de prova que, de per si ou combinados com os que foram apreciados no processo, suscitem graves dúvidas sobre a justiça da condenação; e) Se descobrir que serviram de fundamento à condenação provas proibidas nos termos dos n. 1 a 3 do artigo 126.º; f) Seja declarada, pelo Tribunal Constitucional, a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de norma de conteúdo menos favorável ao arguido que tenha servido de fundamento à condenação; g) Uma sentença vinculativa do Estado Português, proferida por uma instância internacional, for inconciliável com a condenação ou suscitar graves dúvidas sobre a sua justiça". No Brasil, o Código de Processo Penal (art. 621) dita que será admitida a revisão "I – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II – quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos e III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena".

44. RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la filosofía del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1951. p. 44-45.

45. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004 (reimpressão da 1. ed. de 1974). p. 43.

46. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: Teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 30.

instrumento de justiça, importante analisar se as questões de fato, diretamente relacionadas com a verdade, podem ser distinguidas das questões de direito.

Há grande divergência doutrinária acerca do tema. Castanheira Neves[47] assevera que a doutrina tende a advogar a impossibilidade da distinção, mas seria um problema em crise, pois restrito ao já ultrapassado quadro da teoria lógico-subsuntiva. Defende que a problemática só emerge na aplicação prática do Direito, em que a separação é inviável, pois "norma e facto implicam-se, e só têm sentido, através da unidade de um *nexo normativo*"[48].

Giulio Ubertis[49], por sua vez, leciona que há interdependência entre a reconstrução do fato e sua qualificação jurídica, pois não interessa ao jurista qualquer fato, mas apenas os que ostentam interesse jurídico. Não haveria isolamento entre *quaestio iuris* e *quaestio facti,* mas apenas separação metodológica para permitir análise individualizada das atividades de constatação e valoração.

É certo que a qualificação jurídica do fato goza de tamanha relevância que "a definição de crime implica uma orientação da investigação pelos critérios jurídicos que definem o crime"[50].

Entretanto, conforme afirma Taruffo[51], apesar de geralmente[52] os fatos estarem "carregados de direito", tal circunstância não afasta a dimensão empírica deles, a que permite verificar se os enunciados sobre a existência deles são falsos ou

47. CASTANHEIRA NEVES, António. *Questão de facto questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade*: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967. p. 91-128.

48. Ibidem, p. 100.

49. *Elementos de epistemología del proceso judicial*. Madrid: Trotta, 2017. p. 64-67.

50. PALMA, Maria Fernanda. A teoria do crime como teoria da decisão penal e o Direito da Investigação Criminal. In*:* PALMA, Maria Fernanda et al. (Coord.). *Direito da investigação criminal e da prova*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 23. Conforme destaca a autora, Arthur Kaufmann leciona que, a qualificação jurídica do fato depende da utilização de analogia, com a comparação entre um determinado fato concreto e um tipo legal, recorrendo-se a um *tertium comparationis*, "um intermediário entre ser e dever ser", no caso, os elementos do crime. Sobre o tema, *vide* KAUFMANN, Arthur. *Analogia y "naturaleza de la cosa"* – Hacia una teoria de la comprension juridica. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1976. p. 81-103.

51. TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 16-19.

52. O referido autor sustenta que os fatos brutos, apesar de não serem determinados pela norma jurídica, podem, por exemplo, servir de elemento de prova circunstancial e assim serem objeto de decisão judicial (TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 17-18).

verdadeiros. Aqui se vislumbra a distinção entre questão de fato e de direito, aquela sendo objeto da prova judicial, esta se relacionando com a qualificação jurídica.

Adota-se neste estudo a compreensão de que não obstante a íntima ligação entre questões de fato e de direito[53], "correspondem a momentos distintos da decisão judicial"[54], aquelas se relacionando a problemas de conhecimento do mundo, estas de identificação e interpretação de normas.

Imensa relevância advém desta constatação[55-56-57]. Destaque-se, quanto ao ponto, que apenas os fatos são objeto de prova[58], pois o Direito é de conhecimento do julgador e dispensa comprovação quanto à sua existência, conforme o brocardo latino *iura novit curia*.

Estabelecido que é possível uma análise em separado da questão de fato, importa agora aprofundar o estudo das limitações ao conhecimento da verdade existentes no processo penal.

---

53. Para Arthur Kaufmann, a aplicação do Direito depende da analogia, em que, apesar de repousarem em planos distintos, o fato e a norma são postos em correspondência. Primeiramente, a situação da vida deve ser normativamente qualificada. Depois, deve-se verificar o sentido da norma, sempre atento à influência que a realidade tem neste processo. Assim, há intenso ir e vir entre lei e caso concreto para determinação da norma aplicável (*Analogia y "naturaleza de la cosa"* – Hacia una teoria de la comprension juridica. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1976. p. 81-90).

54. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Cuestiones probatorias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, versão digital (124 p.). p. 7.

55. Karl Larenz também admite a distinção entre questões de fato e de direito, ressaltando sua relevância quanto ao objeto da prova e reflexões nas questões recursais, conforme *Metodolgia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 433-438.

56. Algumas vias recursais se destinam exclusivamente à análise de questões de direito, sendo vedada o reexame de questões de fato. Nesse sentido, por exemplo, o enunciado 279 da súmula de jurisprudência do STF ("Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário") e o enunciado 7 da súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ("a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial").

57. Sobre a diferenciação entre juízo sobre o fato e juízo sobre o juízo feito sobre os fatos, ver ANDREZ IBAÑEZ, Perfecto. Acerca de la motivacion de los hechos en la sentencia penal. *Doxa*, n. 12, 1992. p. 297; e IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *Valoracion de la prueba, motivacion y control en el proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995. p. 216-217.

58. Há exceções a esse princípio, como o disposto no artigo 376 do Código de Processo Civil brasileiro: "Art. 376. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar".

Na busca da verdade, a prova deve ser compreendida dentro de concepção cognitivista, como instrumento de conhecimento[59]. No entanto, diante das limitações institucionais e epistemológicas, que serão analisadas no decorrer do presente, pode-se alcançar apenas juízo de probabilidade, mas não de certeza em relação à verdade.

Com acerto, Gascón Abellán[60] assevera que a conexão entre o juízo sobre os fatos e a razão empírica representa ao mesmo tempo sua miséria e sua grandeza, pois, apesar de impor o reconhecimento da inexistência de absoluto epistemológico sobre experiências mediatas, a introdução do conceito de probabilidade recupera elemento de objetividade.

A busca da verdade sofre limitações de ordem epistemológica e institucional. Quanto as primeiras, importante esclarecer que há a possibilidade de adoção de epistemologias diversas, que se dividem entre dois extremos[61]. De um lado, a corrente objetivista forte ou acrítica, que advoga a possibilidade de atingimento de certeza lastreada na correspondência entre o conhecimento e a realidade, assim, o que estiver provado é verdadeiro. De outro a subjetivista ou construtivista que compreende o conhecimento como algo subjetivo, impregnado de juízos de valor, sendo inviável falar em verdade como correspondência. Para os teóricos dessa corrente, a atividade probatória é irracional, destinada ao convencimento do juiz, que é dependente de aspectos psicológicos incontroláveis. Ambas as concepções conduzem à anulação da dualidade verdade-prova.

A concepção objetivista desconsidera as limitações epistemológicas do processo penal. Importante reconhecer que a "verdade absoluta não pertence ao mundo das coisas humanas"[62]. Ao contrário, "uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica"[63].

Como já exposto no capítulo anterior, cuidando o processo penal de reconstrução de fatos pretéritos, resta inviabilizada a utilização da verificação.

---

59. GASCÓN ABELLÁN, Marina. La valoración de la prueba (capítulo 13). In: GASCÓN ABELLÁN, Marina (Coord.). *Argumentación jurídica*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.
60. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Cuestiones probatorias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, versão digital (124 p.). p. 8-9.
61. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Cuestiones probatorias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, versão digital (124 p.). p. 9-12.
62. TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdade*. El juez y la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 99.
63. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: Teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 42.

Quanto ao raciocínio lógico, na investigação e no processo penal[64] geralmente é inviável a dedução, pois esta parte do geral para o particular[65], enquanto na apuração do delito o raciocínio parte do particular, do resultado. Também não tem aplicação a indução, pois, "o número de casos é geralmente insuficiente para formular uma premissa universal ou a singularidade de cada caso impede essa formulação"[66]. A analogia, por sua vez, adota direção inversa ao do raciocínio exigido na investigação, pois parte do caso para o resultado[67].

Subsiste apenas a possibilidade de aproximação da verdade lastreada em probabilidade decorrente do raciocínio abdutivo, no qual, partindo-se do resultado, através de generalização, chega-se ao caso. No campo processual penal são as chamadas regras de experiência[68], que consubstanciam o modo como as coisas

64. Considerando que o processo penal é instrumento para a aproximação da verdade, sendo esta pressuposto para a realização da justiça, o magistrado, em consonância com a concepção publicista do processo, tem o poder-dever de determinar a produção de todas as provas relevantes e lícitas para atingir tal objetivo, não estando limitado à análise das provas produzidas pelos demais atores do processo, nem adstrito a narrativas elaboradas por estes. Nesse aspecto, sua atuação não se difere substancialmente da do investigador que, diante da constatação do crime, deve adotar postura ativa para elucidar o ocorrido. Sob essa perspectiva, tanto o investigador como o julgador fazem uso do mesmo instrumental lógico para cumprir o seu mister. Ressalte-se, por fim, que tal compreensão em nada macula o sistema acusatório, pois, desde que respeitado o contraditório, a obrigatoriedade de motivação e os limites de licitude e legitimidade, a iniciativa probatória do juiz não afeta sua imparcialidade, pois ao determinar a produção de uma prova não sabe previamente o resultado dela, qual tese será beneficiada com a mesma (GRINOVER, Ada Pellegrini. Iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, v. 1, n. 18, jan.-jul. 2005. p. 15-26).

65. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 111 e 115-116.

66. PALMA, Maria Fernanda. Introdução ao Direito da Investigação Criminal e da prova. In: PALMA, Maria Fernanda et al. (Coord.). *Direito da investigação criminal e da prova*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 9.

67. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 112-114 e 119-121.

68. Paulo de Sousa Mendes ensina que "as regras da experiência não são provas, por si mesmas, mas desencadeiam presunções judiciais (*praesumptio judicis*), simples, naturais, de homem, de facto ou de experiência (por todas estas designações se tornaram conhecidas), que são aquelas que não são estabelecidas pela lei, mas se baseiam apenas na experiência da vida". A incerteza factual e a prova no processo penal. In: PITON, A. P.; CARNEIRO, A. T. (Coord.). Liber amicorum *Manuel Simas Santos*. Lisboa: Rei dos Livros, 2016. p. 1074).

ordinariamente acontecem, que vão permitir a generalização. Assim, calcado nas evidências produzidas, analisadas individual e coletivamente, deverá verificar-se se a hipótese acusatória encontra respaldo e se o grau de confirmação obtido ultrapassa o mínimo exigido pelo *standard* de prova aplicável ao caso. Tal raciocínio é análogo ao desenvolvido na clínica médica, por exemplo[69]. Diante da incerteza inerente a tal espécie de inferência, há apenas aproximação da verdade[70].

Há outras limitações epistemológicas relacionadas ao contexto do processo penal, em que se busca aplicar sanções aos culpados e há publicidade dos atos.

Os acusados culpados, indivíduos que mais detêm conhecimento sobre os fatos e poderiam auxiliar na reconstrução histórica deles, salvo excepcionalíssimos casos, negam-se a colaborar e atuam contra a busca da aproximação da verdade para evitar a responsabilização penal. Para tanto, para além de condutas ilegais que às vezes são praticadas sem que as autoridades tenham possibilidade de intervir, podem utilizar-se de expedientes legais, como construir versões falsas sobre os fatos, se desfazer de evidências etc. Ressalte-se, ainda, que por conta de limites decorrentes de opções políticas, tais indivíduos em regra não podem ser compelidos a colaborar com a produção de prova.

Há outros que detêm conhecimento sobre os fatos e poderiam contribuir para a aproximação da verdade, mas deixam de fazê-lo pela deletéria exposição inerente à participação em processo criminal. Pense-se, por exemplo, em vítimas de violência doméstica ou sexual que precisam expor suas intimidades para a devida elucidação dos crimes.

Imensa limitação também decorre da chamada "lei do silêncio", quando o medo de sofrer violência praticada por aqueles que devem receber as sanções penais em caso de decreto condenatório dificulta muito a identificação de testemunhas e vítimas e faz com que boa parte das identificadas se negue a colaborar com a justiça. Tais limitações são menos relevantes, por exemplo, em investigações jornalísticas, em que a garantia de preservação do sigilo da fonte reduz a possibilidade de identificação dos colaboradores e represálias contra eles.

Ademais, não obstante a apuração da verdade ser o objetivo principal do processo, a busca não se dá em caráter absoluto, pois o Estado reconhece a

69. Sobre as semelhanças e diferenças entre o raciocínio probatório e o diagnóstico médico, *vide* FERRER BELTRAN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 49-52.

70. DOUVEN, Igor. Abduction. In: ZALTA, Edward n. (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2017 Edition). Disponível em: [https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/abduction/]. Acesso em: 18.07.2018.

existência de direitos, valores e interesses que podem se sobrepor à tal desiderato, criando barreiras de diversas ordens, como limites temporais e regras de exclusão de prova[71].

Por imposição da segurança jurídica exige-se que a resposta estatal à prática do crime ocorra dentro de determinado tempo[72]. Assim, a apuração do ocorrido tem lugar em processo constituído por atos organizados em sequência ordenada em marcha para a frente, evitando-se retrocessos e paralizações, havendo ainda prazos expressos para prescrição da pretensão condenatória.

De outro lado, o ordenamento jurídico pode fazer prevalecer sobre a busca da verdade diversos outros direitos, valores e interesses, como a vedação de práticas que possam ferir a dignidade humana do acusado, a garantia contra a autoincriminação, vedação de meios de prova como forma de preservar a intimidade e privacidade dos indivíduos, assim como segredos profissionais.

Advirta-se, porém, que isso não é bastante para desqualificar a atividade probatória em juízo como epistêmica. Mesmo a investigação científica encontra limitações decorrentes da inafastável necessidade de preservar valores prevalentes, como a dignidade e liberdade do homem[73].

---

71. Marina Gascón Abellán refere-se ainda à justiça negociada como óbice contraepistêmico no processo penal, em que a verdade como correspondência seria substituída pela verdade como consenso (*Los hechos en el derecho* – Bases argumentales de la prueba. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 114-116). Quanto ao ponto, importante ressaltar que tal conclusão não se aplica a todos os institutos de justiça negociada penal, sendo certo que a existência de consenso não impede que a lei estabeleça exigências adicionais para que a aproximação do ideal de correspondência com a realidade seja observada. Ressalte-se que, mesmo quando mediado pela legalidade, a obrigatoriedade da ação penal cede diante do princípio da oportunidade, com evidente redução do esforço epistemológico para aproximação da verdade, a lei deve preservar a exigência de lastro probatório mínimo, para além da mera admissão de culpa, acerca da existência e autoria do delito, para a imposição de sanção de natureza penal. Nesse sentido, por exemplo, no Brasil, o artigo 76 da Lei 9.099/95, que estabelece que a proposta de transação penal só será feita pelo Ministério Público se não for caso de arquivamento, o que se daria na hipótese de ausência de justa causa para deflagração da persecução penal. Também quanto à colaboração premiada, o artigo 4º, § 16, da Lei 12.850/13 dita que "Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador".

72. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho* – Bases argumentales de la prueba. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 114.

73. TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdade*. El juez y la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 158.

Diante da relevância da busca da verdade para a efetiva aplicação do direito material e a realização da justiça, o processo penal deve ser pautado pela liberdade na produção das provas, que deve ceder apenas excepcionalmente, desde que justificadamente se enquadre nas razões já expostas.

Assim, o conhecimento obtido no processo penal é imperfeito por razões políticas e institucionais que travam a atividade de produção de prova e razões epistemológicas decorrentes das inferências inerentes à investigação de fatos pretéritos.

No outro extremo, equivocada a concepção subjetivista, pois desconsidera a necessidade de conter o arbítrio judicial. Relegar a decisão sobre fatos, premissas indispensáveis para aplicação do Direito, a aspectos meramente psicológicos do julgador, permite que qualquer elemento possa ter influência na decisão, inclusive os mais reprováveis como discriminações odiosas e preconceitos, estando inviabilizado o controle da atividade jurisdicional. Tal compreensão não se coaduna com o Estado Democrático de Direito e a necessidade de limitação do poder estatal.

Indispensável, então, admitir os limites epistemológicos do processo e a consequente impossibilidade de certeza quanto ao atingimento da verdade. No entanto, a verdade ideal iluminista compreendida como plena correspondência não deve ser desprezada, ao contrário, sua busca deverá nortear o desenrolar do processo. Vale como "um princípio regulador (ou um modelo limite) na jurisdição"[74]. As provas, por sua vez, vão garantir que essa atividade de aproximação seja empiricamente controlável, cognitiva, fundada no saber e não meramente no poder[75]. Mesmo diante das limitações tratadas, é a cognoscibilidade que vai representar "o reduto último para que o justo, não se afaste, insuportavelmente, da verdade"[76].

Diante da impossibilidade de certeza quanto ao atingimento da verdade, parte da doutrina diferencia verdade material ou substantiva de verdade formal ou processual. Aquela seria a verdade propriamente dita, inalcançável. Essa a verdade que emerge no seio do processo, apta a permitir o decreto condenatório. Ocorre que a concepção de verdade como correspondência entre o conhecimento e a

74. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: Teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 42.

75. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Cuestiones probatorias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, versão digital (124 p.). p. 13.

76. COSTA, José de Faria. Consenso, verdade e direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFD)*, n. 77, 2011. p. 429.

realidade não se coaduna com a pluralidade de verdades. Ou o enunciado sobre o fato corresponde a evento que realmente ocorreu, sendo, assim, verdadeiro, ou não corresponde, sendo falso.

Não se trata de questão meramente semântica. Como adverte Ferrer Beltrán, o conceito de verdade processual permite que seja reconhecida força constitutiva ao enunciado do julgador sobre as provas, já que ele seria verdadeiro não por correspondência com a realidade (verdade material), mas pelo mero fato de ter sido emitido no bojo do processo (verdade formal). Nesse caso, os enunciados probatórios não estariam sujeitos a qualificação como verdadeiro ou falso, não sendo possível o controle racional[77].

Ao cabo da instrução, o julgador, ao afirmar que determinado fato está provado, profere enunciado com força descritiva acerca da ocorrência de um determinado fato em uma realidade externa ao processo. No entanto, não se olvidando da distinção entre prova e verdade, é possível que um enunciado esteja provado, mas não seja verdadeiro. Em outras palavras, pode ocorrer que algo falso seja provado e que algo verdadeiro não seja provado. Dessa feita, o enunciado deve ser compreendido no sentido de que o julgador constatou a existência de elementos de prova suficientes[78] a favor da veracidade do enunciado sobre a existência de determinado fato. Apesar de se tratar de juízo de probabilidade, não estando eliminada a possibilidade de erro[79], mantém-se indissolúvel a vinculação da manifestação judicial com a realidade empírica, assim como aberta a possibilidade de controle racional.

Não há que se considerar a existência de verdades distintas. O enunciado provado não é necessariamente verdadeiro, já que prova e verdade não se confundem[80].

77. FERRER BELTRAN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 20-23 e 62.

78. A suficiência se relaciona com o atingimento de *standard* de prova previamente estabelecido, o que será tratado mais à frente.

79. Sobre a força e o sentido dos enunciados probatórios, *vide* FERRER BELTRAN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 19-38.

80. FERRER BELTRAN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 37-38. Segundo o autor, compreender o enunciado "está provado que *p*" no sentido de que "há elementos de prova suficientes a favor de *p*" permite a inteligência do mesmo como um enunciado incompleto, pois deve necessariamente ser analisado em relação a um conjunto de evidências específico. Alterando-se as evidências, a conclusão pode ser diversa. Tal concepção é compatível, ainda, com a diferenciação entre "está provado que não *p*" e "não está provado que *p*".

4. Valoração da prova e motivação da decisão

4.1. Valoração da prova

Ultrapassadas as etapas iniciais da análise da relação entre verdade, justiça e prova penal, mister adentrar o terreno da valoração da prova propriamente dita. Como não se pode alcançar juízo de certeza, a valoração deve observar os critérios de validade possíveis e ser compreendida como a verificação da probabilidade revelada pelas evidências e sua suficiência diante do *standard* aplicável à hipótese. Imprescindível, portanto, para a maior aproximação possível da verdade e a redução do risco de erro, o que se revela, como visto, um imperativo de justiça.

A doutrina identifica dois modelos de valoração: o da prova legal e da livre convicção. No primeiro é o legislador quem estabelece expressamente os requisitos probatórios para que enunciado sobre determinado fato seja considerado provado. No segundo, cabe ao julgador a livre valoração do arcabouço probatório. A concepção do processo penal como instrumento para a busca da verdade como correspondência não se coaduna com o sistema de prova legal, pois a qualidade epistemológica da prova vai variar no caso concreto, sendo impossível definir *a priori* de forma segura qual o valor a ser dado a cada tipo de prova. Assim, na prática, pode acontecer de o preenchimento formal de eventuais requisitos legais, diante da pobreza epistêmica dos elementos de prova, não revelar a devida aproximação com a verdade. Outrossim, é possível que em outras hipóteses, a taxação legal seja exagerada e, não obstante a existência de prova suficiente para a declaração de que o enunciado, está provado por inexistência de qualquer dúvida relevante em sentido contrário, não haja o formal preenchimento dos requisitos legais.

No entanto, atento à necessidade de vedação da arbitrariedade judicial, a livre convicção não pode ser reduzida à mera convicção íntima. A inexistência de taxação legal não desvincula a valoração da racionalidade possível na aproximação da verdade. A convicção é estado psicológico, portanto, sujeita a todo tipo de influência, o que extrapola os limites empíricos traçados pela prova como elemento de conhecimento no processo penal. Outrossim, não permitiria a indispensável motivação da decisão, como será visto adiante.

Há que se preservar a possibilidade de controle da atividade judicial e para tanto a "valoração da prova deve ser concebida como atividade racional consistente na eleição da hipótese mais provável entre as diversas reconstruções dos fatos"[81].

81. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho* – Bases argumentales de la prueba. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 144.

Os modelos probabilísticos de valoração se dividem em dois grandes grupos, os matemáticos e os calcados na lógica. No primeiro, destaca-se a teoria amplamente desenvolvida nos Estados Unidos da América a partir do teorema de Bayes. Advoga-se a tese da possibilidade de definir matematicamente a probabilidade de um enunciado ser verdadeiro, o que seria de grande valia para afastar o subjetivismo. No entanto, na prática, a mencionada teoria demanda cálculos complexos e sofre diversas críticas acerca de sua imprecisão[82], em especial, pois, não obstante apresente resultado numérico, não dispensa análise subjetiva na definição da probabilidade que serve de base para início do cálculo[83].

O segundo, com base em lógica abdutiva, revela-se como o esquema mais seguro para a valoração da prova. Nessa sistemática, busca-se estabelecer grau de confirmação que possibilite comparação entre diversas hipóteses, sem, no entanto, haver determinação de probabilidade matemática de cada uma[84]. Permite estabelecer qual é a hipótese mais aceitável, dentre várias possíveis, em relação às provas de um caso concreto[85].

Gascón Abellán[86] leciona que, para que uma hipótese seja dada como provada, três requisitos devem ser preenchidos. Primeiramente, ela não pode ser refutada, estar em contraste sério com as provas produzidas.

Em segundo lugar, deve estar apoiada, confirmada, pelas provas. O grau de confirmação aumenta ou diminui segundo algumas circunstâncias: solidez epistêmica das máximas de experiência utilizadas; a qualidade epistêmica das provas (ex.: ADN x testemunha); passos inferenciais que separam a prova e a hipótese (quanto mais passos, menor a probabilidade) e quantidade e variedade das provas produzidas (quanto maior, mais elevado o grau de confirmação).

82. TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 31.
83. FERRER BELTRAN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 108-120; e GASCÓN ABELLÁN, Marina. La valoración de la prueba (capítulo 13). In: GASCÓN ABELLÁN, Marina (Coord.). *Argumentación jurídica*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014. p. 395-396.
84. FERRER BELTRAN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 120-138.
85. GASCÓN ABELLÁN, Marina. La valoración de la prueba (capítulo 13). In: GASCÓN ABELLÁN, Marina (Coord.). *Argumentación jurídica*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014. p. 397.
86. GASCÓN ABELLÁN, Marina. La valoración de la prueba (capítulo 13). In: GASCÓN ABELLÁN, Marina (Coord.). *Argumentación jurídica*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014. p. 397-402.

Por fim, a hipótese deve ser mais provável que as demais. Trata-se de imperativo epistêmico, configurando o grau mínimo para dar uma hipótese como provada. Ademais, a lei pode estabelecer *standard* probatório mais elevado, como será visto no capítulo 6.

4.2. Motivação da decisão sobre as provas

A necessidade de motivação das decisões judiciais é corolário do Estado Democrático de Direito, em que o poder não pode ser exercido de forma arbitrária, devendo haver a exposição das razões que justificam a atuação judicial no caso concreto[87]. O próprio princípio da igualdade impede o arbítrio[88], que permite tratamento diferente para situações iguais. O julgamento sobre os fatos também é manifestação de poder do julgador, parte relevante da decisão judicial, estando, por certo, abarcado pelo dever de motivar.

A motivação racional da decisão tem relevância endoprocessual, para que as partes envolvidas possam ter ciência das razões que justificam o acolhimento ou não de seu pleito, permitindo, também, a interposição de recursos e o pertinente controle da atuação judicial pela instância superior. Possui também relevância extraprocessual, possibilitando o controle democrático sobre a legitimidade da decisão. Ao tratar do tema, Igartua Salaverría[89] ensina que a legitimidade democrática não se manifesta da mesma forma em todos os poderes, pois no Judiciário nada tem a ver com a vontade ou opinião da maioria, pois nenhuma maioria, nem consenso político, pode legitimar a condenação daquele que é evidentemente inocente.

Como visto nos capítulos precedentes, a valoração da prova ocorre no terreno das incertezas, da probabilidade, não da verdade absoluta, o que reforça a necessidade de exposição das razões que levaram o julgador a considerar o enunciado

87. Encontra previsão expressa no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal Brasileira: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação".

88. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 284.

89. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *Valoracion de la prueba, motivacion y control en el proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995. p. 177-179.

sobre determinado fato pretérito como provado ou não. É na motivação que o julgador vai expor de forma racional o grau de aproximação existente entre os enunciados sobre os fatos objeto do processo e a verdade, permitindo o controle de sua valoração e a redução do risco de erro, ajustando a decisão às exigências de justiça.

Há que se diferenciar, no entanto, o processo decisório interno da motivação ou justificação externa da decisão. Não obstante aquele dever ser pautado por critérios racionais, não está completamente imune a elementos irracionais, ideológicos, psicológicos. A motivação, por sua vez, deve se restringir aos critérios que sirvam para expor o acerto da decisão, entendido como sendo sua adequação ao devido exercício racional do poder jurisdicional.

É impossível exigir a exposição fiel pelo julgador de todo o complexo processo intelectual que culmina com a decisão. Mesmo que não fosse desta forma, é tão permeado por fatores subjetivos que o controle seria inviável. Se tal exposição seria exigível apenas para permitir o controle, sendo este impossível diante da carga inerente de subjetivismo, a própria exposição perde a razão de existir. Limitar a análise a este plano equivale a reconhecer que a arbitrariedade pode reinar no julgamento sobre os fatos. Para conter a total liberdade do julgador deve ser reconhecida a existência de dois momentos diversos (decisão e motivação), que se equiparam a duas fases epistemológicas distintas, o descobrimento e a justificação. Nesse sentido, "a fase heurística e a fase justificativa implicam estratégias racionais diferentes, um uso distinto dos critérios argumentativos e raciocínios diversos do juiz"[90].

Tal distinção é de suma relevância diante da constatação de que não se tem controle sobre a atividade mental, por ser inescrutável, não sendo viável impedir a influência de razões subjetivas para embasar o estado mental de convicção. No entanto, pode haver controle posterior quando se exige mais do que mera crença para que determinado enunciado seja dado como provado, quando se exige a observância de critérios racionais, objetivos, verificáveis, controláveis. Possibilita-se, inclusive, que o julgamento seja contrário à própria convicção íntima do julgador[91]. Dessa feita, o controle não recai sobre a valoração da prova propriamente dita, mas sobre a justificativa racional dada pelo julgador a tal valoração.

90. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *Valoracion de la prueba, motivacion y control en el proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995. p. 183.

91. São inúmeras as hipóteses que tal situação pode ocorrer. A título de ilustração, imagine-se, por exemplo, que o reconhecimento de nulidade culmine com a retirada dos autos

Há dois grandes métodos de justificação. O globalizante faz uso de relato, narração processual, sem a análise individualizada dos elementos de prova. É o que chama no mundo anglo-saxão de *story-telling*, "construções interpretativas de acontecimentos que dão uma forma possível a um conjunto de dados"[92]. Lastreiam sua validade na coerência da narrativa. Despreza-se a verdade como correspondência alinhando-se ao conceito de verdade como coerência, o que vai de encontro a toda a lógica de controle de arbitrariedade desenvolvida até aqui.

Como adverte Taruffo[93], não se pode olvidar que o acusado culpado, em regra, não tem interesse na correta reconstrução histórica do fato delituoso. Epistemologicamente, a atividade de defesa é classificada como *advocacy*, distinguindo-se da *inquiry*, pois não interessa a descoberta da verdade objetiva, apenas o êxito da tese, mesmo que para tal seja preciso sobrevalorizar algumas provas e excluir outras. É comum que a defesa valorize a narrativa globalizante, em que, inseridos elementos de fato e de Direito, em grande confusão, sem a distinção devida, acabam por excluir enunciados provados e incluir não provados satisfatoriamente, preenchendo lacunas narrativas com meras suposições, tudo em prol da coerência narrativa. Não obstante o distanciamento da verdade como correspondência, o relato pode ser suficiente para a persuasão do julgador, compreendida como estado psicológico de convencimento. Tal estratagema é especialmente danoso quando o veredicto decorre da íntima convicção não motivada do julgador, como no júri, em que há imenso óbice ao controle da necessária valoração racional da prova.

Ademais, um mesmo fato pode ensejar mais de uma narrativa coerente, mas contraditórias entre si, tudo a depender da interpretação e contextualização dada aos fatos. Atentando-se apenas para a coerência, como fazer prevalecer um relato em detrimento do outro? Também são possíveis narrativas coerentes mas não verdadeiras, e vice-versa[94]. Nem sempre a conduta criminosa guarda coerência

---

de provas de imensa relevância para a condenação do acusado. Se o arcabouço probatório restante não for suficiente, mesmo que o julgador esteja intimamente convicto da culpa do réu, já que não pode extirpar da memória o conhecimento obtido através das provas posteriormente descartadas, terá que absolvê-lo.

92. TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdade*. El juez y la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 48.

93. TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdade*. El juez y la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 54-58.

94. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *Valoracion de la prueba, motivacion y control en el proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995. p. 189-192.

se confrontada com o contexto em que o acusado se insere. A narrativa também pode ser ruim pois desconexa, diante da não inclusão de alguns elementos não comprovados, mas estar mais próxima da verdade do que outra mais coerente que acabou por se divorciar da necessária confirmação probatória[95].

Percebe-se, então, que a coerência da narrativa não basta, pois não serve como critério válido para atestar o grau de aproximação da verdade.

De outro lado, o método analítico melhor se harmoniza com o propósito de contenção do arbítrio, exigindo a exposição acerca de cada ato de prova praticado, com a valoração individualizada deles e a exposição das inferências feitas[96], inclusive das regras de experiência utilizadas para generalização, possibilitando o controle de sua adequação às peculiaridades do caso concreto[97]. Como assevera Gascón, a motivação deve ser expressa (para possibilitar controle); completa e exaustiva (analisar todas as provas relevantes, as que devem receber crédito e as que não, favoráveis a todas as teses em análise, expondo as inferências e as regras de experiência utilizadas); simples e linear.[98]

A análise conjunta das provas com a elaboração de relato goza de significativa relevância, mas apenas numa fase subsequente da valoração, sendo certo que, por imperativo de justiça, apenas os enunciados que forem devidamente provados comporão a narrativa, garantindo a busca da correspondência da tese prevalente com a realidade. Assim, a coerência é apenas um critério subsidiário de validade da valoração, auxiliar da compreensão dos fatos, mas não determinante para a tomada de decisão.

5. Distribuição de risco de erros e *standards* de prova

Como amplamente exposto ao longo do estudo, prova e verdade não podem ser confundidas. Seja por conta das limitações epistêmicas inerentes ao raciocínio abdutivo, seja em razão das barreiras não epistêmicas existentes no processo

95. TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdade*. El juez y la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 84.

96. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *Valoracion de la prueba, motivacion y control en el proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995. p. 190.

97. MENDES, Paulo de Sousa. A incerteza factual e a prova no processo penal. In: PITON, A. P.; CARNEIRO, A. T. (Coord.). Liber amicorum *Manuel Simas Santos*. Lisboa: Rei dos Livros, 2016. p. 1074.

98. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho* – Bases argumentales de la prueba. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. p.199-203.

penal para tutelar outros valores para além da busca da verdade, não importa quão eficiente seja a produção probatória, a certeza racional absoluta será sempre inatingível no que se refere à reconstrução histórica dos fatos em investigação. Assim, exigi-la equivale a inviabilizar toda e qualquer condenação, o que levaria à inaplicabilidade do Direito Penal e o retorno ao caos e à barbárie.

A conclusão que se impõe é que para que o sistema penal funcione e punições sejam aplicadas aos que praticam delitos, alguma possibilidade de erro deve ser admitida. Os erros no processo penal, para o contexto deste estudo, dividem-se entre condenação de inocentes e absolvição de culpados. Ambas as situações são indesejáveis e devem ser evitadas, com o máximo viável de aproximação da verdade.

Como a prova tem relação teleológica com a verdade, importante que a regra seja a admissão de todo e qualquer meio de prova, sendo, nesse sentido, prejudicial qualquer elenco legal taxativo. Quanto maior o conhecimento obtido, mais próximo se estará da verdade como correspondência. Havendo choque entre princípios voltados à proteção do acusado e os relacionados à eficiência da persecução penal, seja quando do estabelecimento da disciplina legal pelo legislador, seja quando da aplicação no caso concreto pelo julgador, a indispensável ponderação não pode prescindir da contribuição dada pela verdade e sua relevância para a realização da justiça material.

A redução da possibilidade de erros passa inexoravelmente pela compreensão de que as limitações de natureza não epistemológica devem ser a exceção, exigindo legítima fundamentação, sempre atenta à necessária potencialização da aproximação da verdade.

Ocorre que os erros não podem ser eliminados. Resta, então, analisar os erros possíveis e estabelecer, também de acordo com critérios políticos que não guardam qualquer fundamento epistemológico, mas que se vinculam diretamente ao imperativo de justiça já discutido, o grau de tolerância em relação ao risco de ocorrência dos mesmos. Essa opção política vai ser plasmada no critério de decisão a ser observado para condenação, o chamado *standard* de prova ou modelo de constatação[99].

Imperativo epistemológico fruto da racionalidade que deve permear a abordagem do tema dita que o *standard* mínimo para dar algum enunciado como provado é o da prova preponderante (*preponderance evidence*), quando o arcabouço probatório permite a conclusão de que a veracidade do enunciado em análise é

99. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 298.

mais provável do que sua hipótese contrária, ou seja, que a afirmação de existência de um determinado evento é mais provável que a afirmativa de inexistência do mesmo[100]. Bastaria, nesse caso, qualquer preponderância da tese acusatória sobre a defensiva, mesmo que muito sutil, para permitir a condenação.

Nessa hipótese, no entanto, a divisão de risco de erros é praticamente igualitária entre condenação falsa e absolvição falsa. Como isso não pode se manter, pois a condenação de inocente é muito mais grave que a absolvição de culpado, mostra-se necessário aumentar o grau mínimo de confirmação exigido para condenação[101]. Apenas a redução significativa do risco de erro judicial permite a composição entre justiça e segurança no campo do processo penal.

Atento a isso, cabe ao legislador a escolha política de determinar como deve ser a distribuição do risco de erros[102], para tanto estabelecendo *standard* probatório para a condenação. Quanto mais elevado o *standard*, maior o grau de confirmação exigido. Desta forma, mais difícil qualquer condenação, tanto a acertada quanto a errônea, reduzindo de forma benéfica o risco desta última, mas, também, de forma maléfica, a possibilidade daquela primeira.

A fixação do *standard* se revela como garantia dos acusados para que não sejam condenados com base em lastro probatório que não permita o grau de confirmação exigido para tal, mas também da sociedade, ao tornar obrigatória a condenação sempre que o limite mínimo de confirmação for suplantado.

Sem o estabelecimento do *standard* probatório não há como, de forma segura e controlável, aplicar regra de presunção de inocência e demais presunções

100. GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la possibilidad de formular estandares de prueba objetivos. *Cuadernos de Filosofía del Derrecho, Doxa*, 28, 2005. p. 127-139.

101. LAUDAN, Larry. *Truth, error, and criminal law.* An essay in legal epistemology. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 63-69. Normalmente, tal situação não encontra óbice no processo civil, em que os interesses das partes se equivalem.

102. Não obstante fugir ao tema do presente estudo, não se olvida que os diferentes momentos processuais permitem valorações políticas diversas o que culmina com a fixação de *standards* de prova variados. Assim, as exigências para a condenação devem ser mais graves do que, por exemplo, as para decretação de prisão cautelar ainda no nascedouro das investigações. Interessante debate se refere ao grau de confirmação necessário para a deflagração da ação penal em juízo, com o chamado despacho de pronúncia em Portugal e recebimento da denúncia no Brasil. Sobre o tema, *vide* PALMA, Maria Fernanda. Acusação e pronúncia num direito processual penal de conflito entre a presunção de inocência e a realização da justiça punitiva. *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*. Coimbra: Coimbra Editora. v. II. p. 267-281; e FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal*: teoria, crítica e práxis. 5.ed. Niterói: Impetus, 2008. p. 219-224.

processuais relativas, nem analisar questões de ônus de prova. Se não for estabelecido legalmente o mínimo necessário de confirmação para a condenação, como dizer que as provas produzidas são ou não suficientes para o decreto condenatório? De forma ampla, se a lei estabelece qualquer tipo de presunção que admita prova em contrário, mas não dita qual o *standard* de prova exigido para considerar que determinado enunciado em sentido contrário à presunção está provado, como, de forma racional e controlável, afirmar o acerto ou equívoco na decisão judicial sobre o tema?

Assim, o reconhecimento da prova como instrumento de conhecimento e a observância de sistemática racional de valoração da prova, não obstante imprescindíveis, não são suficientes para a contenção do arbítrio judicial na análise das questões de fato, sendo indispensável para esse desiderato a fixação de *standard* de prova para a condenação[103].

Como já exposto no capítulo 4, as probabilidades matemáticas não são adequadas para determinar o grau de suporte probatório que determinada hipótese goza, por consequência, também não servem para a fixação de *standard* de prova. Ora, se não é possível determinar de forma confiável em termos matemáticos qual a probabilidade de que um enunciado sobre o fato pretérito seja verdadeiro, não há utilidade em estabelecer em termos também matemáticos o grau mínimo necessário para a condenação, pois inviável a comparação de grandezas de natureza diversa. Mas, a impossibilidade de controle numérico-quantitativo do grau de confirmação não remete a questão ao puro subjetivismo, pois mostra-se viável o controle do raciocínio lógico empreendido[104].

Para possibilitar o controle racional das decisões judiciais, o *standard* de prova, além de se apoiar no grau de confirmação permitido pelo acervo probatório produzido, deve ser o mais objetivo possível, não podendo se calcar em elementos subjetivos relacionados ao estado psicológico do julgador, como íntima convicção ou certeza moral.

Para tentar superar tais limitações surgiu na *common law* o conceito de "prova para além da dúvida razoável"[105] (*proof beyond any reasanoble doubt* ou BARD).

---

103. FERRER BELTRAN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 139.

104. KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 36.

105. Tal *standard* existe desde os anos 1700, e a Suprema Corte, em 1970, no caso *In re Winship*, reconheceu tratar-se de imperativo constitucional (DIAMOND, Henry A. Reasonable doubt: to define, or not to define. *Columbia Law Review*, n. 90, 1990. p. 1716).

De acordo com ele, determinado enunciado deverá ser considerado provado desde que, através do raciocínio lógico e controlável sobre as provas produzidas, seja possível concluir que não há dúvida razoável contra a afirmação de sua veracidade.

A utilização de tal conceito se espalhou também pela *civil law*, sendo certo que sua aplicação encontra abrigo na doutrina e jurisprudência de diversos países, como Brasil e Portugal, por exemplo.

O Código de Processo Penal brasileiro não fixa *standard* de prova para a condenação, limitando-se a afirmar, dentre as causas de absolvição, que o réu deverá ser absolvido se houver "fundada dúvida" sobre a existência de circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (art. 386, VI) ou se não existir "prova suficiente para a condenação" (art. 386, VII). A jurisprudência é titubeante quanto ao tema, sem o estabelecimento de padrão, havendo larga margem de discricionariedade judicial[106]. No Supremo Tribunal Federal há acórdãos mencionando a exigência de certeza para a condenação[107], assim como outros admitindo o BARD como *standard* de prova[108]. Não obstante a inexistência de fixação legal do *standard*, a doutrina majoritária entende que a condenação exige prova para além da dúvida razoável[109].

Em Portugal, a lei também não fixa *standard* probatório. O Código de Processo Penal português restringe-se a exigir que na sentença, após o relatório, conste "a enumeração dos factos provados e não provados" e "exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal" (artigo 374, 2). Não obstante, a jurisprudência[110] e doutrina dominantes[111] compreendem que a condenação depende de prova para além da dúvida razoável.

106. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Standards* probatórios no processo penal. *Revista da AJUFERGS*, n. 4, 2007. p. 176.

107. Por exemplo, a AP 869, Relator Min. Teori Zavascki, Segunda Turma do STF, j. 29.09.2015, publicado em 18.02.2016.

108. Por exemplo, a AP 676, Relatora Min. Rosa Weber, Primeira Turma do STF, j. 17.10.2017, publicado em 06.02.2018.

109. Nesse sentido, por exemplo, DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no* processo: prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 273, e BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 300.

110. Nesse sentido, por exemplo, o acórdão de 20.09.2017 do Supremo Tribunal de Justiça (596/12.4 JABRG.G2.S1) e o acórdão 679/06.0 GDTVD.L1 3 do Tribunal da Relação de Lisboa.

111. Nesse sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004 (reimpressão da 1. ed. de 1974). p. 205; e LOPES, José António Mouraz.

Em uma primeira leitura, resta claro que a utilização do BARD se harmoniza com a impossibilidade de atingimento da certeza racional (lógica), dando como inviável o afastamento de toda e qualquer dúvida. Outrossim, garantiria alto grau de confirmação da hipótese para condenação ao limitá-la aos casos em que não subsiste qualquer dúvida razoável, o que se revelaria como divisão dos riscos de erro em consonância com valoração garantista de que a condenação errônea é muito pior do que a absolvição equivocada.

O problema que se apresenta, no entanto, é o de definição de razoabilidade da dúvida.

A Suprema Corte norte-americana muito pouco esclareceu sobre o conceito de BARD e a dificuldade de definição não permitiu que cortes federais e estaduais alcançassem consenso nem mesmo acerca da necessidade ou não de instrução aos jurados leigos sobre o tema[112]. Os entendimentos variam desde a expressa necessidade de esclarecimento e definição do BARD aos jurados até a proibição de esclarecimento, forte no argumento de que seria termo auto evidente[113].

A tese contrária à definição do BARD considera que "dúvida razoável" é termo amorfo que não pode ser previamente delineado, cabendo, assim, aos jurados, como representantes da comunidade, fazer livremente a valoração necessária para conferir-lhe conteúdo[114].

Abordando a falta de consenso e precisão acerca do conceito de BARD na justiça norte-americana, Laudan[115] leciona que a desnecessidade de esclarecimento seria desmentida pela rotineira solicitação dos jurados para que o juiz explique o *standard*. Outrossim, assevera que inicialmente as cortes equiparavam a ausência de dúvida razoável com a certeza moral, mas desta forma o julgamento dos jurados poderia se afastar das evidências e acabar em julgamento moral sobre a pessoa do acusado, não sobre os fatos imputados. Foram diversas as tentativas de definição, mas todas acabavam por apelar a estado subjetivo de convencimento,

A fundamentação da sentença no sistema penal português: legitimar, diferenciar, simplificar. Coimbra: Almedina, 2011. p. 235.

112. DIAMOND, Henry A. Reasonable doubt: to define, or not to define. *Columbia Law Review*, n. 90, 1990. p. 1716.

113. Ibidem, p. 1716-1721.

114. Reasonable doubt: an argument against definition. *Harvard Law Review*, n. 8, 1955. Disponível em: [https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/hlr108&i=1973]. Acesso em: 30.07.2018.

115. LAUDAN, Larry. *Truth, error, and criminal law.* An essay in legal epistemology. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 48-49.

o que não tem qualquer valia para a racionalidade buscada, pois impede a efetivação de controle.

É a própria cientificidade do Direito que se encontra em questão. Ao defender que a mutabilidade do Direito impede o conhecimento verdadeiro e assim, que seja objeto de ciência, Kirchmann afirmava que "o sentimento nunca e em nenhuma parte é um critério de verdade: é o produto da educação, do costume, da acção, do temperamento, numa palavra, do acaso"[116].

Toda a tese desenvolvida até o presente momento tem como escopo a contenção do arbítrio judicial no juízo sobre os fatos como um imperativo de justiça. A adoção de conceito de verdade como correspondência, a compreensão de prova como instrumento para aproximação da verdade, a exigência de valoração lógica da prova, assim como a necessidade de fundamentação racional da decisão não seriam, no entanto, suficientes para evitar o arbítrio, se no momento de decidir, sendo impossível exigir-se certeza racional, coubesse livremente ao julgador eleger o grau de confirmação necessário para condenação, sem qualquer *standard* probatório a ser observado.

De outro lado, a estipulação legal de *standard* demasiado vago equivale à sua inexistência, pois não serve para conter minimamente a liberdade do julgador, a quem competiria, sem amarras, dar significado ao mesmo no caso concreto. Persistiria elevado conteúdo subjetivo e incontrolável na decisão, o que é inadmissível, pois o julgador "não tem legitimidade para submeter o cidadão à ditadura de suas emoções – de suas aversões, seus preconceitos, de suas misérias"[117].

Com lucidez, Laudan[118] assevera que um *standard* probatório subjetivo não é *standard* probatório[119]. Para o referido autor, o BARD é definido de forma tão imprecisa que acaba sendo inútil como *standard*, prevalecendo a íntima convicção[120].

---

116. Apud CASTANHEIRA NEVES, António. *Questão de facto questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade*: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967. p. 60.

117. LÁZARO, Fernando Sánchez. Sobre la irracionalidade de las intuiciones punitivas: hacia unos mayores márgenes de racionalidade decisória. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.) et al. *Emoções e crime*: filosofia, ciência, arte e direito penal. Coimbra: Almedina, 2013. p. 55.

118. LAUDAN, Larry. Por qué um estándar de prueba subjetivo y ambíguo no es um estândar. *Cuadernos de Filosofía del Derrecho, Doxa*, 28, 2005. p. 95-113.

119. Também defendendo que "não se pode admitir que o modelo de constatação utilizado para formar o juízo de fato radique numa pauta individual e não revelada" (KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 33).

Para que os imperativos de racionalidade e justiça sejam satisfeitos, o modelo de constatação ou *standard* probatório para condenação penal deve ser claro, objetivo e harmonioso com a opção política de divisão do risco de erros judiciais[121]. Indispensável que seja definível, com contornos claros, para que seja possível sua plena compreensão por parte dos operadores do Direito, assim como o controle sobre sua aplicação. A objetividade se refere à necessária vinculação com as provas produzidas, se afastando de concepções subjetivas e irracionais. Por fim, deve representar fielmente a escolha feita quanto ao grau tolerável de condenação de inocentes, atentando para o fato de que quanto mais exigente o *standard*, mais difícil também a condenação dos culpados.

A doutrina especializada tem proposto diversas fórmulas para preencher tais requisitos. Ferrer Beltrán, salientando que a gravidade do crime pode ensejar a fixação de *standards* diferentes, apresenta diversos modelos de constatação. No mais exigente, para considerar o enunciado sobre determinado fato criminoso provado seria necessário que:

a) A hipótese fosse capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente, e as predições de novos dados que a hipótese permita formular deveriam ser confirmadas,

b) Deveriam ser refutadas todas as demais hipóteses plausíveis (compatíveis com conhecimento do mundo) explicativas dos mesmos dados que fossem compatíveis com a inocência do acusado, excluídas as meras hipóteses ad hoc.[122]

Apesar das variações possíveis, é certo que para garantir a racionalidade do sistema e a observância de distribuição de risco de erro em consonância com a justiça, evitando-se subjetivismos e desigualdade na aplicação da lei, deve o legislador fixar de forma adequada o modelo de constatação para a condenação criminal, o que ainda não ocorreu em Portugal e no Brasil.

---

120. A situação é ainda mais grave no sistema norte-americano, sobre o qual Laudan se debruça para desenvolver seu estudo, pois mesmo que lá fosse aplicado um *standard* de prova com a objetividade e precisão desejados, como o julgamento sobre os fatos é realizado por juízes leigos e dispensados da obrigação de fundamentar suas decisões, continuaria inviável o pleno controle da racionalidade da decisão (TARUFFO, Michele. Tres observaciones sobre "Por qué um estándar de prueba subjetivo y ambíguo no es um estándar", de Larry Laudan. *Cuadernos de Filosofía del Derecho, Doxa*, 28, 2005. p. 115-126).

121. LAUDAN, Larry. *Truth, error, and criminal law.* An essay in legal epistemology. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 87.

122. FERRER BELTRAN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 144-149.

6. Conclusão

Por melhor que seja a atividade probatória, em razão das limitações epistemológicas e não-epistemológicas do processo penal, a certeza racional não será possível. A tensão entre a segurança representada pelo sistema penal e a Justiça, diante da inafastável possibilidade de erro judicial e condenação de inocentes, encontra harmonização apenas se a chance de erro for reduzida a patamares toleráveis, em que a remota possibilidade de injustiça na condenação seja distribuída por todos de forma equânime e não tenha aptidão para turvar as expectativas garantidas pelo sistema ao mesmo tempo em que proporciona a segurança necessária para a vida em comunidade.

Tal solução, no entanto, depende do respeito à racionalidade possível do sistema e da contenção do arbítrio judicial. No campo processual penal, perpassa pela compreensão de que prova e verdade não se confundem e que a condenação vai ser lastreada na alta probabilidade de que o ato criminoso tenha ocorrido, fruto de esforço para aproximação da verdade como correspondência com a realidade. Tal inteligência vai nortear toda a atividade processual, em especial no que concerne ao papel da prova como instrumento de conhecimento.

Além disso, a justificação da valoração da prova deve ser racional para ser controlável, sendo indispensável a fixação de critério de constatação de aproximação claro, objetivo e adequado à escolha política referente à distribuição do risco de erro judicial tolerável.

Respeitadas essas condições, possível alcançar solução para a tensão entre justiça e segurança jurídica, encontrando caminho viável entre a abominável, porém inafastável, possibilidade de condenação de inocentes e a necessidade de condenação de culpados, imperativo para sobrevivência do próprio Estado de Direito.

7. Referências bibliográficas

ANDREZ IBAÑEZ, Perfecto. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. *Doxa*, n. 12, p. 257-299, 1992.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Standards* probatórios no processo penal. *Revista da AJUFERGS*, n. 4, p. 161-185, 2007.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Questão de facto questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade*: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967.

COSTA, José de Faria. Consenso, verdade e direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFD)*, n. 77, p. 421-432, 2011.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no* processo: prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DIAMOND, Henry A. Reasonable doubt: to define, or not to define. *Columbia Law Review*, n. 90, p. 1716-1736, 1990.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004 (reimpressão da 1. ed. de 1974).

DOUVEN, Igor. Abduction. In: ZALTA, Edward n. (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2017 Edition). Disponível em: [https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/abduction/]. Acesso em: 18.07.2018.

FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal*: teoria, crítica e práxis. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: Teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRER BELTRAN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

FERRER BELTRAN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la possibilidad de formular estandares de prueba objetivos. *Cuadernos de Filosofía del Derrecho, Doxa*, 28, p. 127-139, 2005.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho* – Bases argumentales de la prueba. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Cuestiones probatorias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, versão digital (124 p.).

GASCÓN ABELLÁN, Marina. La valoración de la prueba (capítulo 13). In: GASCÓN ABELLÁN, Marina (Coord.). *Argumentación jurídica*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, v. 1, n. 18, p. 15-26, jan.-jul. 2005.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito*: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

HOBBES, Thomas. *Leviathan*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *Valoracion de la prueba, motivacion y control en el proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995.

KAUFMANN, Arthur. *Analogia y "naturaleza de la cosa"* – Hacia una teoria de la comprension juridica. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1976.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.), *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Golbenkian, 2015.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LARENZ, Karl. *Metodolgia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAUDAN, Larry. Por qué um estándar de prueba subjetivo y ambíguo no es um estândar. *Cuadernos de Filosofía del Derrecho, Doxa*, 28, p. 95-113, 2005.

LAUDAN, Larry. *Truth, error, and criminal law.* An essay in legal epistemology. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

LAUDAN, Larry. Strange bedfellows: inference to the best explanation and the criminal standard of proof. *The International Journal of Evidence & Proof*, v. 11, p. 292-306, 2007.

LÁZARO, Fernando Sánchez. Sobre la irracionalidade de las intuiciones punitivas: hacia unos mayores márgenes de racionalidade decisória. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.) et al. *Emoções e crime*: filosofia, ciência, arte e direito penal. Coimbra: Almedina, 2013.

LOPES, José António Mouraz. *A fundamentação da sentença no sistema penal português*: legitimar, diferenciar, simplificar. Coimbra: Almedina, 2011.

LUHMANN, Niklas. Law as a social system. *Northwestern University Law Review*, n. 83, p. 136-150, 1988-1989.

LYNCH, Michael P (Ed.). *The nature of truth*: classic and contemporary perspectives. Cambridge: MIT Press, 2001.

MACHADO, João Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 2002.

MENDES, Paulo de Sousa. A incerteza factual e a prova no processo penal. In: PITON, A. P.; CARNEIRO, A. T. (Coord.). Liber amicorum *Manuel Simas Santos*. Lisboa: Rei dos Livros, 2016.

MENDES, Paulo de Sousa. *Causalidade complexa e prova penal*. Coimbra: Almedina, 2018.

NIINILUOTO, Ilkka. Defending abduction. *Philosophy of Science*, 66, p. S436-S451, 1999.

PALMA, Maria Fernanda. *Direito constitucional penal*. Coimbra: Almedina, 2006.

PALMA, Maria Fernanda. A teoria do crime como teoria da decisão penal e o Direito da Investigação Criminal. In: PALMA, Maria Fernanda et al. (Coord.). *Direito da investigação criminal e da prova*. Coimbra: Almedina, 2014.

PALMA, Maria Fernanda. Acusação e pronúncia num direito processual penal de conflito entre a presunção de inocência e a realização da justiça punitiva. *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*. Coimbra: Coimbra Editora. v. II.

PALMA, Maria Fernanda. Introdução ao Direito da Investigação Criminal e da prova. In: PALMA, Maria Fernanda et al. (Coord.). *Direito da investigação criminal e da prova*. Coimbra: Almedina, 2014.

POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix.

RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la filosofía del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1951.

RAPOSO, João Antonio. O princípio da verdade material. In: DIAS, Augusto Silva et al. (Org.). Liber amicorum *de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*: estudos de direito e filosofia. Coimbra: Almedina, 2009.

Reasonable doubt: an argument against definition. *Harvard Law Review*, n. 8, 1955. Disponível em: [https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/hlr108&i=1973]. Acesso em: 30.07.2018.

RUSSELL, Bertrand. *Os problemas da filosofia*. Florianópolis, 2005 (versão digital com 192 p.).

SILVA, Ricardo Tavares da. Verdade e normatividade. *Anatomia do Crime*, n. 6, p. 209-230, 2017.

TARUFFO, Michele. Tres observaciones sobre "Por qué um estándar de prueba subjetivo y ambíguo no es um estándar", de Larry Laudan. *Cuadernos de Filosofía del Derecho, Doxa*, 28, p. 115-126, 2005.

TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdade*. El juez y la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010.

TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

UBERTIS, Giulio. *Elementos de epistemología del proceso judicial*. Madrid: Trotta, 2017.

VÁZQUEZ, Carmen. *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A verdade como ferramenta de investigação criminal à luz do garantismo penal, de Roberto Antônio Darós Malaquias – *RT* 952/265-293 (DTR\2015\766);
- Introdução à verdade no processo penal e sua perquirição por meio das novas técnicas neurocientíficas, de João Daniel Rassi – *RDM* 1 (DTR\2019\27481); e
- Punição, verdade e prova: perspectiva crítica e transdisciplinar, de Elmir Duclerc Ramalho Junior e Luiz Gabriel Batista Neves – *RBCCrim* 156/141-163 (DTR\2019\31667).

Lawfare: uma introdução ao tema e uma aproximação à realidade brasileira

Lawfare: an introduction and an approximation to the Brazilian reality

Erica do Amaral Matos
Mestranda em Direito Penal e Criminologia na Universidade de São Paulo. Bacharela em Direito pela Universidade de São Paulo. Advogada Criminalista.
ericaamaralmatos@gmail.com

Recebido em: 21.01.2019
Aprovado em: 13.03.2019
Última versão da autora: 21.03.2019

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: O termo *lawfare* se formou da junção de "*law*" e "*warfare*" e, em tradução literal significa guerra jurídica. Refere-se, em linhas gerais, ao uso manipulado do sistema jurídico – compreendendo, aqui, sua totalidade – visando a fins políticos. Popularizou-se no Brasil com o avanço das investigações da chamada Operação Lava Jato, embora pouco material acadêmico tenha sido produzido no país sobre o tema. O artigo pretende introduzi-lo, investigando o surgimento do termo no contexto militar e suas diferentes concepções atribuídas ao longo do tempo, de forma a traçar um paralelo entre as acepções originais com a atual, com foco no contexto brasileiro. Serão abordadas as táticas normalmente atribuídas ao uso de *lawfare*, em especial o uso da mídia como forma de manipulação da opinião pública. Ao fim, propõe-se uma releitura decolonizada da doutrina clássica (produzida, sobretudo, em países do norte global), de forma a aproximar o fenômeno da perspectiva do Brasil.

Abstract: The term lawfare is formed by the junction of "law" and "warfare": a juridical war. It refers in general terms to the manipulated use of the legal system – including its totality – for a political purpose. It became popular in Brazil with the advance of Operation "Car wash", although there is not much content produced in the country on the subject. The article intends to introduce it, investigating its different conceptions from your first use in the military context, then focusing on the Brazilian context. The tactics usually attributed to the use of lawfare will be discussed, especially the use of the media as a way of manipulating public opinion. Finally, a decolonized re-reading of the classical doctrine (production, above all, in countries of the global north) is proposed, in order to bring the phenomenon closer to the perspective of Brazil.

Matos, Erica do Amaral. *Lawfare*: uma introdução ao tema e uma aproximação à realidade brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 161. ano 27. p. 227-248. São Paulo: Ed. RT, novembro 2019.

Palavras-chave: *Lawfare* – Operação Lava Jato – Processo penal – Direito penal – Direito decolonial.

Keywords: Lawfare – "Car wash" Operation – Criminal proceedings – Criminal law – Decolonial law.

Sumário: 1. Introdução. 2. Concepções de *lawfare*. 3. Mídia, opinião pública e *lawfare*. 4. Entre *lawfare* e o direito penal do inimigo. 5. *Lawfare* no Brasil. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas

1. Introdução

Law is becoming an increasingly powerful and prevalent weapon of war.
Orde F. Kittrie

Em português, a expressão inglesa "*Lawfare*" corresponde à "guerra jurídica", tratando-se de uma sobreposição das palavras "*law*" e "*warfare*". Em linhas bastante gerais, consiste-se no uso do direito como um instrumento de combate a um oponente. É o direito utilizado como arma.

Até aí, nada de novo, podendo-se confundir com uma definição grosseira de *processo*. Usualmente, no entanto, o *lawfare* possui conotação negativa, referindo-se ao uso abusivo e ilegítimo da lei ou de procedimentos legais como artifício para prejudicar um inimigo. Assim, em um paralelo com guerras tradicionais, o direito funciona como arma, os tribunais como campos de batalha e a mídia como propaganda. A finalidade se mantém: a destruição de um inimigo.

Inicialmente, como se verá, a expressão foi cunhada para definir estratégias militares, especialmente no âmbito de guerras internacionais. Com o passar do tempo, o termo foi se atualizando para descrever fenômenos distintos – de guerra militar a "guerras" políticas.

No Brasil, a prática ganhou espaço no mundo jurídico após a denúncia[1] de sua utilização em processos da Operação Lava Jato[2], cenário no qual estariam os

1. A "denúncia" fora feita nos autos da ação penal 5046512-94.2016.4.04.7000, em sede de resposta à acusação perante a Justiça Federal do Paraná. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/dl/respostaaacusaaaotriplex1.pdf]. Acesso em: 01.08.2018.

2. Conjunto de investigações, ainda em andamento, que teve início em 2014 com a finalidade de apurar suposto esquema de lavagem de dinheiro e corrupção, no âmbito da Polícia Federal e da Justiça Federal do Brasil. A Operação, como é notório, ganhou amplo espaço na mídia e apoio popular, especialmente por ter como principal alvo pessoas do "alto escalão" da sociedade: políticos e empresários. Juristas do mundo todo, no entanto, vêm denunciando o desrespeito a diversas garantias processuais penais contra os envolvidos. Sobre o tema, ver, p. e.: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Investigação da operação "Lava Jato" fere princípios jurisdicionais básicos. Portal Conjur. Disponível em:

processos criminais sendo utilizados de forma deturpada para vencer inimigos políticos nos tribunais. A deturpação estaria na instauração de investigações e oferecimento de denúncias sem indícios mínimos de autoria e de materialidade de delitos; aplicação de medidas coercitivas em desrespeito às regras do Código de Processo Penal; celebração de acordos de colaboração premiada de forma desmedida e utilização de delações como único elemento de prova; manipulação da opinião pública; dentre outras práticas. Até o momento, no entanto, pouca doutrina brasileira foi produzida acerca do assunto.[3]

Dessa forma, o presente artigo pretende fornecer uma introdução ao tema, sem, contudo, esgotá-lo. Através de uma bibliografia estrangeira, serão analisados o surgimento do fenômeno, suas diferentes conotações e definições e as táticas frequentemente utilizadas nesse processo, bem como serão explorados alguns casos práticos que o exemplifiquem. Atendo-se à atual conjuntura política e social brasileira, será dado enfoque à utilização de *lawfare* no campo político e a utilização da opinião pública como amuleto nesse processo. Ao fim, será proposta uma abordagem decolonizada do tema. Isso é: muito embora haja uma extensa literatura estrangeira sobre o tema, sobretudo produzida por países do hemisfério norte, para a importação do termo com pretensões de aproximá-lo da realidade sulista e, especificamente, brasileira, cujas particularidades lhes são próprias, é preciso libertar-se da visão hegemônica.

Será preciso um neologismo para se referir a um fenômeno que certamente não surgiu apenas nos últimos anos? Mais que isso, é possível se falar em *lawfare* no Brasil? Em caso positivo, desde quando e em quais circunstâncias?

[https://www.conjur.com.br/2015-jun-28/renato-silvira-investigacao-lava-jato-fere-principios-basicos]. Acesso em: 01.08.2018; TORON, Alberto Zacharias. O direito de defesa na Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 122. São Paulo: Ed. RT, set.-out., 2016; Luigi Ferrajoli, jurista de reputação mundial, condena abusos da Lava Jato. Portal Justificando. Disponível em: [http://justificando.cartacapital.com.br/2017/04/19/luigi-ferrajoli-jurista-de-reputacao-mundial-condena-abusos-da-lava-jato-em-palestra]. Acesso em: 01.08.2018.

3. Em pesquisa às bases de dados Portal de Periódicos CAPES/MEC, IusData e HeinOnline, não se encontrou qualquer produção acadêmica sobre *Lawfare* no Brasil. Existem, pois, textos publicados em plataformas digitais que buscaram tratar do tema, sem simplesmente mencioná-lo, destacando-se: STRECK, Lenio Luiz. *Ainda podemos indagar por quê ou até isso é obstrução da justiça?* Portal Conjur, 2017. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2017-out-12/senso-incomum-ainda-podemos-indagar-ou-isso-obstrucao-justica]; MARTINS, Cristiano Zanin, MARTINS, Valeska Teixeira Z. *O Lawfare militar, político, comercial e geopolítico*. Portal Conjur, 2018. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2018-dez-17/opiniao-lawfare-militar-politico-comercial-geopolitico]. Acesso em: 19.01.2019.

2. Concepções de *lawfare*

Does lawfare need an apologia? –
Charles Dunlap, 9 anos depois.[4]

O primeiro uso do termo "*lawfare*" a que se tem notícia está em um pequeno artigo escrito por John Carlson e Neville Yeomans em 1975[5], em que se denunciavam aspectos individualistas e acusatórios do direito nas sociedades ocidentais, chamando tal fenômeno – de substituição de armas por leis – de *lawfare*.

Internacionalmente, o termo ganhou mais popularidade no contexto da segurança nacional. O primeiro uso nesse sentido provavelmente se deu em 1999, em um livro de estratégia militar chinês, "*Unrestricted Warfare*" (de Qiao Liang e Wang Xiangsui), referindo-se ao uso de instituições legais internacionais para conseguir fins estratégicos em guerras militares, mas ainda com pouco destaque ao *lawfare*. Argumentou-se que a guerra teria se tornado presente e inseparável da sociedade, da política e da economia, ainda que em tempos de paz, assumindo mudanças significativas, como a utilização de meios não militares. Para os autores, a política tornou-se uma continuação da guerra militar.[6]

Foi, no entanto, em 2001 que o termo se popularizou, através de um artigo escrito pelo Coronel das Forças Armadas dos Estados Unidos, Charles Dunlap. O autor descreveu o fenômeno como: "A estratégia de usar – ou "mal utilizar" – a lei como um substituto dos meios militares tradicionais para alcançar um objetivo operacional. Como tal, eu enxergo o direito, neste contexto, como uma arma. É um meio que pode ser utilizado para bons ou maus propósitos."[7] Para Dunlap, as táticas de *lawfare* estariam sendo usadas para obter vantagens morais sobre o inimigo de guerra no tribunal da opinião pública e para intimidar os chefes de Estado de agir por medo de serem processados por crimes de guerra. A manipulação do sistema legal então visava a fins estratégicos políticos e militares. O autor, no entanto, não vê o cenário como inteiramente negativo e afirma que se a aplicação de *lawfare* não for frequente pode contribuir para a redução dos efeitos

4. O responsável pela difusão internacional do termo, Charles Dunlap, publicou 9 anos depois o artigo intitulado "Does Lawfare need an apologia?", em análise à rápida aderência ao termo e a sua utilização muito mais ampla do que aquele originalmente atribuída.
5. Disponível em: [http://www.laceweb.org.au/whi.htm]. Acesso em: 01.08.2018.
6. WERNER, Wouter G. The Curious Career of Lawfare. In: *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol, 43, issue 1, 2010.
7. DUNLAP, Charles J. Lawfare Today: a perspective. In: *Yale Journal of International Affairs*. Winter. 2008.

destrutivos da guerra: "uma ferramenta ou arma que pode ser usada apropriadamente de acordo com as virtudes mais altas do Estado de Direito – ou não. Tudo depende de quem está empunhando, como faz e por quê."[8]

Dunlap foi o responsável pela propagação mundial do termo *lawfare*. Se, inicialmente, esse se referia à utilização do direito como arma complementar às armas bélicas em guerras propriamente ditas, *lawfare* foi se ressignificando ao longo do tempo. As batalhas tornam-se imateriais e os campos físicos de guerra esses transformam em tribunais. A lei enquanto arma *substitui* as armas bélicas e a própria guerra militar.

Scharf tratou desse processo de transformação do termo, comentando: "Como previsto por Dunlap, *lawfare* era um termo neutro. (...) Hoje, no entanto, *lawfare* é mais frequentemente utilizado como um rótulo para criticar aqueles que usam o direito internacional e os processos judiciais para fazer reclamações contra o Estado, especialmente em áreas relacionadas com a segurança nacional." O autor também destaca que a estratégia pode ser utilizada "tanto por aliados como inimigos, por governos, bem como os atores não estatais, organizações internacionais e organizações não-governamentais, e ele pode ser usado por advogados e diplomatas, bem como por terroristas e insurgentes."[9]

Nesse sentido, em uma concepção mais ampla, Richard Falk defende tratar-se do uso das regras e procedimentos do direito como meio de atingir ou bloquear resultados políticos. Seu foco é também voltado para o direito internacional, mas adverte que a mesma dinâmica se aplica no uso interno do direito, sustentando que as técnicas podem operar negativa ou positivamente em qualquer nível de interação social.[10] Para ele, a manipulação de regras e procedimentos é inerente ao processo social de sociedades complexas, de tal forma que a lei pode ser utilizada tanto para se alcançar a justiça, quanto pra se obter vantagens estratégicas.

8. Tradução livre. "*Lawfare is much like a tool or weapon that can be used properly in accordance with the higher virtues of the rule of law – or not. It all depends on who is wielding it, how they do it and why*". DUNLAP, Charles J. Lawfare Today: a perspective. In: *Yale Journal of International Affairs*. Winter. 2008.
9. Tradução livre. "*As envisioned by Major General Dunlap, 'lawfare' was a neutral term. (...) Today, however, 'lawfare' is most often employed as a label to criticize those who use international law and legal proceedings to make claims against the state, especially in areas related to national security*." "*Like a conventional weapon of war, 'lawfare' can be used by one's allies or enemies; it can be used by governments as well as non-state actors, international organizations, and Non-Government Organizations; and it can be used by lawyers and diplomats as well as by terrorists and insurgents*." SCHARF, Michael p. Foward: Lawfare! In: *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol, 43, issue 1, 2010.
10. FALK, Richard. Positive and negative forms of 'lawfare'. *Foreign Policy Journal*. 2015.

O autor cita como exemplo de *lawfare* as ações de Israel e dos Estados Unidos da América contra a consolidação da Palestina como Estado, o que, como consequência, a impede de se tornar parte de tratados internacionais e, portanto, de acessar tribunais internacionais que poderiam julgar as violações praticadas por outros Estados nesse contexto. Nesse caso, a tática de *lawfare* está em bloquear o uso de procedimentos disponíveis e normas legais para defender seus direitos contra aqueles.

Já na dicção de Susan Tiefenbrun, "*lawfare* é uma arma projetada para destruir o inimigo usando, maltratando e abusando do sistema legal e da mídia, a fim de levantar um clamor público contra aquele inimigo."[11] Para a autora, o uso do direito não é suficiente para a derrota do inimigo, sendo preciso utilizar da opinião pública para materializar seus objetivos perante a sociedade e, como consequência, na seara judicial. Paralelamente ao processo judicial, a mídia trabalhará para que o resultado desejado pelos autores do *lawfare* seja incutido na população como o ideal, deslegitimando o inimigo e afirmando a validade das ações contra ele.

Para a organização "*Lawfare Project*"[12], *lawfare* consiste na intimidação e frustração de oponentes através do mau uso dos processos legais.[13] "*Lawfare* é o oposto de perseguir a justiça. Estão entrando com processos frívolos e usando processos legais para intimidar e frustrar oponentes no teatro de guerra. *Lawfare* é o novo campo de batalha legal".

Nesse sentido, haveria até mesmo uma manipulação das leis dos direitos humanos visando a objetivos contrários. A organização, que atua na defesa jurídica de judeus e de defensores de Israel, se refere às acusações de islamofobia que estariam funcionando não para proteger os direitos de pessoas islâmicas, mas sim como um atentado à liberdade de expressão. A difusão do discurso contra a islamofobia teria um efeito oposto, inibidor e negativo na sociedade contra o terrorismo. Dessa forma, membros do governo e da mídia passam a se autocensurar em assuntos relacionados ao terrorismo islâmico para que não soem como intolerantes ou islamofóbicos. Mais que isso, o *lawfare* encorajaria terroristas a

11. Tradução livre. "*Lawfare is a weapon designed to destroy the enemy by using, misusing, and abusing the legal system and the media in order to raise a public outcry against that enemy*." TIEFENBRUN, Susan W. Semiotic Definition of Lawfare. In: *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol, 43, issue 1, 2010.

12. Fundo americano, sem fins lucrativos, de consultoria e litígio que trabalha para proteger os direitos humanos e civis e os direitos das comunidades judaica e pró-Israel em todo o mundo. Fonte: [https://www.thelawfareproject.org/who-we-are]. Acesso em: 19.01.2019.

13. Tradução livre: "*Lawfare[…] is not a good thing. It is the opposite of pursuing justice. It is filing frivolous lawsuits and misusing legal processes to intimidate and frustrate opponents in the theatre of war. Lawfare is the new legal battlefield.*" Disponível em: [http://thelawfareproject.org/lawfare/what-is-lawfare-1] Acesso em: 28.07.2018.

legitimamente acionar os tribunais para contestar quaisquer ações governamentais de combate ao terrorismo através do argumento de islamofobia, consistindo em uma campanha legal de terrorismo e de guerras assimétricas, deslegitimando e frustrando ações estatais de combate. O efeito disso seria a criação de uma cultura de medo e um efeito intimidatório sobre o discurso estatal.[14]

Paralelamente, esse discurso seria o similar do que dizer que leis que criminalizam a homofobia seriam uma prática de *lawfare*. Neste caso, a prática teria boas intenções em proteger um grupo socialmente vulnerável em um primeiro momento. No entanto, a manipulação da lei levaria a um efeito contrário: a censura de qualquer crítica, desaprovação ou comentário negativo a pessoas homossexuais. Ou, ainda, o mesmo que alegar que a constatação de racismo deveria ser relativizada, uma vez que podem ocorrer ataques a pessoas de uma determinada etnia que não se fundamentam nessa questão.

John Comaroff, por sua vez, utilizou o termo *lawfare* para se referir à dominação colonial através de táticas legais e coercitivas: "Esse 'modo de guerra' – ou melhor, de *lawfare*, o processo de conquistar e controlar povos indígenas pelo uso coercitivo de instrumentos legais – teve muitos teatros, dramas e roteiros."[15] O autor, que se dedica a estudos africanos sob essa abordagem, parece ter inaugurado uma nova perspectiva do fenômeno, agora decolonizada, que lhe é próprio. Para o antropólogo, tanto os Estados autoritários, como também os democráticos sempre utilizaram o direito e a violência que lhes são inerentes para controlar e disciplinar seus cidadãos. Por isso mesmo, enxergam nas ações dos "pequenos povos" – forma como se refere às minorias políticas – uma prática que visa subverter a ordem natural do funcionamento jurídico. Ao comentar sobre a obra de John e também de Jean Comaroff, Ranganathan pontua que uma de suas maiores contribuições é o lembrete de que a lei não só normatiza o exercício do poder, como também oferece os meios para sua subversão.[16]

14. GOLDSTEIN, Brook. *The Disproportionate Use of Lawfare*. April 5, 2010. Disponível em: [https://www.gatestoneinstitute.org/1132/the-disproportionate-use-of-lawfare]. Acesso em: 12.12.2018.

15. Tradução livre. "*That "mode of warfare" – or rather lawfare, the effort to conquer and control indigenous peoples by the coercive use of legal means – had many theaters, many dramatis personae, many scripts*." COMAROFF, John L. Colonialism, culture, and the law: a foreword. July 2006. *Law & Social Inquiry 26* (2): 305-314.

16. RANGANATHAN, Surabhi. Legality and lawfare in regime implementation. In: RAJKOVIC, Nikolas M., AALBERTS, Tanja, GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas. *The Power of Legality.* Practices of International Law and their Politics. Cambrigde University Press, 2016, p. 291-293.

Comaroff e Comaroff também trabalharam o viés dito positivo de táticas de *lawfare* e, como exemplo, citam a judicialização de políticas de igualdade de gênero, liberdade sexual, direitos LGBT's, regulamentação do aborto, proteção ambiental, políticas raciais etc. Para eles, essa modalidade de *lawfare*, classificada como *insurgente,* "é uma arma dos fracos, fazendo a autoridade voltar a si, comissionando a sanção do tribunal para reivindicar recursos, reconhecimento, voz, integridade e soberania."[17] Os autores defendem que, nas atuais condições de que o poder é medido por materialidades, a lei pode representar um instrumento de empoderamento para grupos que usualmente sofrem enquanto minorias, mesmo que, na maioria das vezes, a lei funcione justamente do modo contrário.

Werner, ao narrar a trajetória dessas diferentes conotações, aponta o uso crescente do termo para se referir à judicialização da política e distingue, ainda, uma nova fase denominada de "*Reflexive Lawfare*": "o uso do termo *lawfare* para desacreditar a dependência de um oponente na lei e o processo legal. Se isso não fosse um sofisma, pode-se definir '*Reflexive lawfare*' também como o uso do termo *lawfare* como um instrumento de *lawfare*."[18]

Para exemplificar, o autor cita a obra de Jack Goldsmith em que relata uma preocupação crescente com relação à administração do então Presidente Georg Bush que dificultava o reconhecimento do Tribunal Penal Internacional, sob o argumento de que a ampliação da internacionalização do sistema de justiça como argumento de fortalecimento ao combate ao terrorismo poderia, na prática, dificultar ações diretas e efetivas de combate, além de emergir a possibilidade de os próprios grupos terroristas utilizarem destes meios para se defender – ou seja, o argumento centrava na possibilidade de *lawfare* por grupos terroristas. Paralelamente, defensores dos direitos humanos, bem como vítimas de crimes sob jurisdição internacional, passam a ocupar estes tribunais, até como forma de chamamento à atenção pública para determinadas questões: o que passou a ser denunciado também como uma estratégia de *lawfare*. Ainda, para descreditar críticas ao governo, este passou a utilizar do mesmo termo para desmerecer as ações daqueles que usavam das leis ou dos processos legais que, de alguma forma, atingiam à Administração. Nesse caso, então, estaria configurado o *reflexive*

17. COMAROFF, Jean; COMAROFF, John L. *Law and disorder in the postcolony: an introduction*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

18. Tradução livre. "*Reflexive lawfare can be defined as the use of the term 'lawfare' to discredit an opponent's reliance on law and legal procedure. If it would not be too much of a sophism, one may define reflexive lawfare also as the use of the term 'lawfare' as an instrument of lawfare."* WERNER, Wouter G. The curious career of lawfare. In: *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol, 43, issue 1, 2010.

lawfare, por se tratar da utilização do próprio termo como instrumento para desacreditar a confiança de um oponente nas leis e nos procedimentos legais.

Em síntese e segundo a doutrina clássica, as táticas de *lawfare* – em seu viés dito negativo – giram em torno do abuso e/ou manipulação do direito interno ou internacional, com o fim específico de prejuízo a outrem. Prejuízo, diga-se, em sua dimensão mais ampla: ocupação e esgotamento de tempo e de recursos financeiros, mácula à honra e à imagem, eliminação da vida pública, dentre outras concepções. Para outros, questões como essa são vistas positivamente como a forma de, através das leis, empoderar e capacitar grupos vulneráveis, processo denominado de "*judicialisation from below*".[19]

Por fim, cumpre destacar a perspectiva de Aurel Sari sobre *lawfare* e suas tantas denominações. Para o autor, o abuso do direito para fins políticos é prática corriqueira, uma vez que política e leis coexistem nas sociedades, de tal forma que, para se caracterizar a prática de *lawfare*, o abuso deve ser extremo, em uma espécie de patologia. "Se o uso da lei para fins políticos é normal e corriqueiro, o abuso de direito deve se referir a algum tipo de estado patológico de coisas, que aponta para além do simples fato de que a lei é politicamente contestável."[20]

Como se viu, parece não haver, ainda, consenso sobre o que seria a definição exata de *lawfare*, de como seria travada esta "guerra jurídica" ou de seus efeitos positivos e negativos. Assim, para melhor sistematização deste artigo, ao empregar o termo *lawfare,* a referência será ao uso do direito – em sua totalidade, como instituições, leis, estruturas, procedimentos, etc. – e de táticas nele não previstas para se alcançar um objetivo político que, normalmente, não se encontraria como finalidade comum àquele procedimento. A definição se aproxima da utilizada por Gilabert, autor espanhol: "O *lawfare*, esta guerra jurídica, parte da premissa da instrumentalização do direito e de seu uso como uma ferramenta a mais das que se dispõe para lograr o êxito operacional".[21]

---

19. ESSEN, Erica von. *In the gap between legality and legitimacy*: Illegal Hunting in Sweden as a Crime of Dissent. Doctoral Thesis. Swedish University of Agricultural Sciences. Uppsala, 2016.

20. Tradução livre. "*If the use of law for political purposes is normal and unexceptional, then an abuse of law must refer to some kind of pathological state of affairs, one which points beyond the simple fact that law is politically contestable*". SARI, Aurel. T*he Juridification of the British Armed Forces and the European Convention on Human Rights*: 'Because it's judgment that defeats us.' Disponível em: [https://exeter.academia.edu/AurelSari]. Acesso em: 17.01.2019.

21. Tradução livre. "*El Lawfare, esta "guerra jurídica" parte como premisa de la instrumentalización del derecho y de su uso como una herramienta más de las que dispone el mando para lograr el éxito operacional*." GILABERT, José Ramón Suberviola. Lawfare: el uso del derecho como arma. *Revista Española de Derecho Militar*. Núm. 106, julio-diciembre 2016.

3. Mídia, opinião pública e *lawfare*

Os meios de comunicação em massa são os principais responsáveis pela informação da população e pela formação da sua opinião ainda nos dias de hoje. A depender da forma com que se produz e divulga a notícia, essa pode ser absorvida de diferentes modos pelos cidadãos e produzir diferentes efeitos na sociedade. Alessandro Baratta destacou que a realidade social é "constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, aos quais um processo de tipificação confere significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem."[22]

Através da escolha das palavras noticiadas, do tempo dedicado a determinadas notícias, da omissão de outros fatos etc., torna-se relativamente simples manipular a opinião pública sobre determinado assunto. Através da mídia, é possível criar uma nova realidade – existente ou não. "A mensagem comunicada pela mídia nos conflitos não representa a realidade, mas formula uma dinâmica paralela própria, construída por meio de cruzamento de referências, que podem perder a relação original com o evento vívido. Nesse processo, a construção da narrativa pela mídia passa a exercer influência sobre a representação social do acontecimento e sobre a opinião pública, podendo refletir também nos processos de tomada de decisão engendrados a partir daí."[23]

Por essa razão, a mídia se tornou importante instrumento de legitimação do *lawfare*, como apontado por Tiefenbrun[24], seja para conferir legitimidade às ações jurídicas tomadas, seja para contribuir com a destruição da imagem do inimigo, e também para vangloriar a imagem do autor de *lawfare*.

O fenômeno, no entanto, não é novidade e pode ser percebido antes mesmo da primeira aparição do termo *lawfare*. A Segunda Guerra Mundial é um grande exemplo da utilização da mídia como forma de manipulação da opinião pública e, nesse caso, em guerra literal. Com a invenção do rádio, este se tornou a principal arma dos estadistas com fins de manipular a opinião pública a seu favor e

22. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002, p. 87.

23. ORTE, Paola de. *A mídia como arma de guerra e a batalha no campo ideacional*: o conflito entre árabes e israelenses. 2016. 99 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais). Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

24. TIEFENBRUN, Susan W. Semiotic definition of lawfare. In: *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol, 43, issue 1, 2010.

contra os seus oponentes.[25] A propaganda nazista na Alemanha, por sua vez, foi fortemente utilizada para assegurar a manutenção do governo.

Na era globalizada de difusão constante e veloz de informações em que estamos vivendo, a *internet* se tornou mais um "campo de guerra" para ataques de *lawfare*. A difusão de notícias falsas (ou *fake news*) tem tomado proporções incalculáveis e gerado consequências irreversíveis. No campo político, momentos decisivos como eleições e processos legislativos, por exemplo, são contaminados por *fake news* que pretendem alterar seu fluxo natural através da manipulação daqueles que recebem as informações.

Um estudo recente divulgado pela Fundação Getulio Vargas buscou demonstrar o impacto das falsas informações divulgadas na internet no Brasil, muitas vezes impulsionadas por robôs, ao debate público, à democracia e ao processo eleitoral. "Com este tipo de manipulação, os robôs criam a falsa sensação de amplo apoio político a certa proposta, ideia ou figura pública, modificam o rumo de políticas públicas, interferem no mercado de ações, disseminam rumores, notícias falsas e teorias conspiratórias, geram desinformação e poluição de conteúdo, além de atrair usuários para links maliciosos que roubam dados pessoais, entre outros riscos."[26]

No que tange à utilização da mídia especificamente em processos judiciais, Sérgio Salomão Shecaira refere-se a esta como fábrica ideológica condicionadora que "acaba por 'julgar' as pessoas proferindo veredictos sem qualquer base fático-processual ('*trial by the media*'). Tais decisões, inapeláveis, criam fatos consumados pela divulgação de informações prematuras que se constituem em verdadeiro desserviço público".[27] O tribunal midiático pode ser muito mais dilacerante do que o jurídico.

Em se tratando, pois, de tática para manipular o sistema jurídico e condicionar o prejuízo ao adversário, o tribunal midiático se torna em um (in)feliz exemplo de *lawfare* brasileiro.

---

25. Sobre o tema, ver: FORNER, Oscar Milton Cowley; SILVA, Maria Aparecida Ramos da. A mídia como arma de guerra durante a Segunda Guerra Mundial. *NAMID/UFPB*, Ano XIII, n. 07. Julho/2017. Disponível em: [http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/tematica]. Acesso em: 13.11.2018.
26. RUEDIGER, Marco Aurélio (Coord.) *Robôs, redes sociais e política no Brasil*: estudo sobre interferências ilegítimas no debate público na web, riscos à democracia e processo eleitoral de 2018. Rio de Janeiro: FGV, DAPP, 2017.
27. SHECAIRA, Sérgio Salomão. A mídia e o direito penal. *Boletim IBCCRIM*, v. 45, Agosto Esp., 1996.

4. Entre *lawfare* e o direito penal do inimigo

Ao se falar em inimigo de guerra e em utilização do Direito como arma, é inevitável a percepção de certa similaridade com o conceito introduzido por Günther Jakobs de "Direito Penal do Inimigo", muito embora este jamais tenha mencionado *lawfare* em suas obras.[28]

Em linhas gerais, os inimigos são aqueles que recebem tratamento jurídico diferenciado do padrão, direcionado apenas aos "cidadãos". Os inimigos, por representarem algum perigo à sociedade, têm alguns de seus direitos suspensos. Na irretocável explanação de Dieter: "O Direito Penal do Inimigo, portanto, se desenvolve em torno da distinção dicotômica entre cidadãos – definidos como pessoas racionais adequadamente socializadas – e inimigos – descritos como indivíduos de personalidade perigosa. Por um lado, o cidadão é titular de direitos e deveres constitucionalmente garantidos e por isso face às pretensões punitivas do Estado lhe socorrem todas as normas de proteção individual do Estado Democrático de Direito. Por outro, o inimigo é destituído de plena proteção legal e por isso estes direitos são válidos apenas na medida em que não dificultam a eliminação do perigo que sua existência simboliza para a vida em sociedade."[29]

Sendo o *lawfare* o uso das regras e procedimentos do direito como meio de atingir determinados fins, a utilização do Direito Penal do inimigo, por si só, configuraria um exemplo de tática de *lawfare*. Isso porque o próprio conceito de inimigo e sua eleição correspondem a uma afronta ao Estado Democrático de Direito. Além disso, o direito penal do inimigo utiliza-se de meios jurídicos, por vezes ilegais, para se atingir o objetivo de eliminação ou impotência.

Eugenio Raul Zaffaroni, ao discorrer sobre o tema, afirma que o próprio Direito alimentou essa segregação ao longo da história, escolhendo aqueles que seriam ou não considerados inimigos. "Ao revisarmos o exercício real do poder punitivo, verificamos que este sempre reconheceu um *hostis*, em relação ao qual operou de modo diferenciado, com tratamento discriminatório, neutralizante e eliminatório, a partir da negação da sua condição de pessoa, ou seja, considerando-o basicamente em função de sua condição de coisa ou ente perigoso. Por seu turno, um rápido exame da doutrina jurídico-penal, isto é, do discurso do saber jurídico e

28. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

29. DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial*: a criminologia do fim da história. Universidade Federal do Paraná: tese de doutoramento, 2012, p. 207.

também da pretensa ciência empírica que o alimentou, demonstra que esta se ocupou em legitimar amplamente a já assinalada discriminação operativa."[30]

Além, Shecaira questiona a própria existência dos crimes. Livrando-se de uma concepção ontológica, afirma que os "crimes não são quaisquer atos. São atos mediados pela distância. O crime é criado. Primeiro surgem os atos. Depois há um longo processo cultural para atribuir a alguns atos o significado de crimes. E a distância tem imperiosa importância nesse contexto. O atributo de criminosos deve-se, em grande medida, à avaliação que fazemos dos atos. Nós criamos os crimes."[31]

Sob a ótica do *lawfare*, portanto, a escolha do que será considerado crime ou não constitui em manipulação do direito para se atingir o objetivo de eliminação de um inimigo, da mesma forma que toda a doutrinação jurídica e, assim, as práticas punitivas também o são.

Trata-se, a bem da verdade, de uma questão estrutural. O que, quem e como punir sempre se trataram de um exercício de manipulação de poder. Sendo a sociedade dividida em classes, em que apenas *uns* comandam e *alguns* obedecem, as normas serão sempre criadas por aqueles em detrimento destes. Aqueles (poucos) sempre poderão eleger alguns (muitos) como inimigos de seus interesses e utilizar dos mais variados instrumentos (frisa-se, criados por aqueles) para neutralizá-los. O Direito certamente é um deles, tornando-se um campo de batalha, nos termos do *lawfare*.

5. *Lawfare* no Brasil

Com efeito, a doutrina estrangeira aqui colacionada é de suma importância para se compreender o fenômeno do *lawfare*. No entanto, foi produzida levando em consideração a realidade característica de países do hemisfério norte, como os Estados Unidos da América que em quase nada se assemelha à realidade dos países do sul, especificamente à latino-americana. Por isso, a importação de conceitos e pensamentos deve ser feita sempre com atenção às particularidades sociais e culturais que nos são específicas. Trata-se de uma mudança epistemológica que busca "descolonizar" o saber científico, incluso o jurídico, fora dos centros hegemônicos. Essa, inclusive, é a proposta de John e Jean Comaroff,

30. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 115.

31. SHECAIRA, Sérgio Salomão. A lei e o outro. *Boletim IBCCRIM,* vol. 99, fevereiro, 2001.

membros do departamento de Antropologia da Universidade de Harvard, publicada como "Teoria do Sul".[32] Sob este paradigma, escreveram também sobre o *lawfare* na perspectiva da África pós-colonial, como mencionado anteriormente. No âmbito do direito penal e da criminologia, Zaffaroni foi quem propôs uma análise que partisse da margem, da realidade dos países marginais e periféricos do capitalismo, uma vez que a dogmática dominante consiste em um "discurso de poder de origem racista e sempre colonialista"[33], incompatível com as veias abertas da América Latina.

No Brasil, apesar de ter ganhado maior evidência recentemente, num contexto de investigações e operações judiciais contra atores políticos, o *lawfare* ou a utilização do Direito como meio de atingir oponentes políticos remonta à sua própria existência no país.

A sociedade brasileira é marcada por intensa estratificação desde seu período colonial. A história escravocrata (cujo término oficial se deu em 1888, mas o real ainda não chegou) é a prova indelével da existência de uns sobre os outros. Ou ainda, em referência a Raymundo Faoro, a prova de que sempre existiram os "donos do poder". Aos donos do poder sempre recaiu com exclusividade a organização política, econômica, social e cultural do país. Obviamente, sempre articulada com a finalidade de se manter a estrutura que lhes garantisse a manutenção de tal privilégio. A legislação sempre foi feita "de cima para baixo".

Juarez Cirino dos Santos afirma que "os sistemas jurídicos e políticos de controle social do Estado – as formas jurídicas e os órgãos de poder do Estado – instituem e garantem as condições materiais fundamentais da vida social, protegendo interesses e necessidades dos grupos sociais hegemônicos da formação econômico-social, com a correspondente exclusão ou redução dos interesses e necessidades dos grupos sociais subordinados."[34]

Também por isso, a abrupta desigualdade social é atributo indissociável da sociedade brasileira. Ainda que o ordenamento jurídico perpasse por questões sociais, enunciando, inclusive, como um dos objetivos da República a

32. COMAROFF, Jean; COMAROFF, John L. *Theory from the South or, How Euro-America Is Evolving toward Africa*. Boulder, CO: Paradigm Publishers, 2012.

33. Tradução livre. "*La dogmática jurídico-penal es un inmenso esfuerzo de racionalización de una programación irrealizable y que la criminología tradicional o "etiológica" es un discurso de poder de origen racista y siempre colonialista.*" ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Criminología: aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 1988, prefácio.

34. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 7. ed., rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

erradicação da pobreza e o fim das desigualdades, a realidade parece não se alterar. Marcelo Neves, ao estudar sobre o constitucionalismo nos países periféricos e também no Brasil, concluiu pela ausência de um Estado de bem-estar social e um Estado de Direito em toda a história brasileira: "Se definirmos, portanto, o Estado de bem-estar, de um ponto de vista especificamente funcional, como inclusão política realizada e, porque Estado de *direito*, como inclusão jurídica realizada, então deve destacar-se aqui que sua realização na estrutura excludente da sociedade brasileira é totalmente ilusória."[35] Ilusória porque as instituições tendem a passar a imagem de pleno funcionamento e de imparcialidade. No tocante à justiça, no entanto, a Deusa Têmis parece não passar de uma bela estatueta decorativa.

Notadamente com relação ao Direito Penal, Michael Foucault chamou de controle diferencial das ilegalidades o trabalho feito pela justiça criminal: "a penalidade seria então uma maneira de ferir as ilegalidades, de riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles."[36] O que o autor francês explica pode ser muito bem ilustrado pela realidade dos presídios brasileiros que escancara a política de criminalização da pobreza[37]: a terceira maior população carcerária do mundo é composta por 64% de negros e 91% não escolarizados, sendo 65% em razão de apenas três crimes, todos eles da categoria de delitos aquisitivos.[38]

Ainda segundo o autor agora citado, "o direito (e quando digo direito não penso simplesmente na lei, mas no conjunto de aparelhos, instituições e regulamentos que aplicam o direito) põe em prática, veicula relações que não são relações de soberania e sim de dominação. Por dominação, eu não entendo o fato de uma dominação global, mas as múltiplas formas de dominação que podem se

35. NEVES, Marcelo. *Constituições e direito na modernidade periférica*: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: WMF Martins Fontes Ltda., 2018, p. 227.

36. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 38. ed. Petrópolis: Rio de Janeiro, 2010, p. 258.

37. Conforme dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, junho/2016. Secretaria Nacional de Segurança Pública, junho/2016.

38. Categoria utilizada por Shecaira para definir crimes cujo objetivo principal consiste na aquisição de patrimônio. Com o roubo e o furto, objetiva-se o ganha de referida coisa objeto do delito. Com o tráfico de drogas, objetiva-se a aquisição financeira através da prática mercantil de substâncias ilícitas. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018.

exercer na sociedade. Portanto, não o rei em sua posição central, mas os súditos em suas relações recíprocas: não a soberania em seu edifício único, mas os múltiplos sujeitos que existem e funcionam no interior do corpo social."[39]

Na história brasileira, não faltam exemplos de ocasiões em que o Direito, a legislação ou a justiça criminal foram utilizados como forma de atingir fins políticos, econômicos e sociais, como materialização do poder de dominação, em completa dissonância com os objetivos e fundamentos da República Brasileira enunciados na Constituição Federal.[40] Ou, voltando ao conceito alhures proposto de *uso do direito e de táticas nele não previstas para se alcançar um objetivo político que, normalmente, não se encontraria como finalidade comum àquele procedimento*, não faltam exemplos de *lawfare* na história do Brasil.

A criminalização da vadiagem, vigente ainda hoje, é um dos casos.[41] A ociosidade é tipificada, mas apenas se o sujeito não possuir renda e for apto ao trabalho. Ou seja, trata-se de uma seletividade escancarada, na qual se pretende punir apenas o pobre, uma vez que se permite a ociosidade, desde que a pessoa seja possuidora de renda, em clara criminalização da pobreza – contrária ao objetivo constitucional de sua erradicação. Segundo Wacquant, "apenar a pobreza contribui para tornar "invisível" a questão da cor e reforça a dominação etno-racial ao assegurar-lhe a homologação do Estado."[42] Zaffaroni et al. entendem essa seletividade como estrutural e, por conseguinte, defendem não haver sistema penal no mundo cuja regra geral não seja a criminalização secundária em razão da vulnerabilidade do candidato.[43]

A Lei da Anistia, promulgada no período final do regime militar, pode ser considerada outro exemplo de *lawfare*. Com o inicial objetivo de preservar os presos políticos que agiram contra o governo ditatorial, a lei acabou por ser promulgada concedendo anistia a todos os agentes do Estado, inclusive aos responsáveis pelos diversos crimes cometidos contra a sociedade civil naquele período. Sua manipulação, portanto, alterou a finalidade esperada. Já em 2014, a Comissão Nacional da Verdade solicitou, em seu relatório final, revisão de referido diploma

39. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder.* 19. ed. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 2004. p. 181.

40. Sobre o tema, indica-se como leitura indispensável: BATISTA, Nilo. *Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

41. Art. 59, Lei das Contravenções Penais.

42. WACQUANT, Loïs. Rumo à militarização da marginalização urbana. *Discursos Sediciosos*, n.º 15-16, 2007 p. 207.

43. ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro* – I, 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 51.

legal, por contrariar legislação internacional. O Supremo Tribunal Federal, em mais um episódio de *lawfare*, entendeu pelo não cabimento da revisão.

Ainda mais recentemente, o governador eleito – e hoje já empossado – do Rio de Janeiro declarou que, em sua gestão, os policiais poderão atirar para matar pessoas que portem armas de uso restrito, pois se trata de legítima defesa. O Código Penal, no entanto, refere à legítima defesa como o ato proporcional e moderado praticado contra um perigo iminente ou atual. A atividade defendida pelo Governador, então, não encontra respaldo legal, muito embora a mesma legislação tenha sido utilizada como embasamento pelo político.[44] *Lawfare*.

Os exemplos trazidos demonstram a prática de *lawfare* através de táticas semelhantes do uso da legislação para finalidades políticas. O primeiro direcionado à população pobre; o segundo, aos opositores do regime militar e a toda população, suprimida de seu direito à verdade; o terceiro, àqueles estigmatizados como criminosos, os "inimigos".

Mas também no tocante a outras táticas ora apresentadas o Brasil já fora protagonista. Como exemplo da "*judicialisation from below*", a utilização do direito pelas minorias, cita-se a recente criminalização do feminicídio, em que se reconhece como agravante do delito de homicídio a motivação por gênero.[45] O reconhecimento pela Corte Suprema da legalidade da união entre pessoas do mesmo sexo situa-se como caso de *lawfare* através do ativismo judiciário. Esses dois casos, embora se distanciem um pouco dos demais exemplos trazidos, por configurarem aumento e não diminuição de garantias e direitos[46], tratam, igualmente, da utilização dos mecanismos legais de forma a alcançar determinado fim político, mas no sentido oposto, "debaixo para cima", encaixando-se também na definição de *lawfare*.

Já com relação à Operação Lava Jato, cenário em que se tornou conhecido o fenômeno no Brasil, diversos juristas vêm denunciando o uso deturpado de regras

44. Sobre o tema, ver: COSTA, Fabrício Reis. *Abater cidadãos*: uma proposta fora de moda (e ilegal) há muito tempo. Disponível em: [https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/abater-cidadaos-uma-proposta-fora-de-moda-e-ilegal-ha-muito-tempo-10112018?fbclid=IwAR2Ip-gm3-E5xpyB3k5bCJ6FoejFXQQ_gofwcl8yvxJ43KufW1KD3xUWIbc]. Acesso em: 13.11.2018.

45. Sobre a criminalização de condutas apoiadas pelas minorias e movimentos sociais, sugere-se a análise de Maria Lúcia Karam. KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. In: *Discursos sediciosos*: crime, direito e sociedade. Instituto Carioca de Criminologia. Ano I, n. 1 (jan.-jun. 1996). Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996.

46. No caso do feminicídio, fala-se em relação à mulher.

procedimentais e o desrespeito a garantias constitucionais dos indivíduos investigados. Com forte apelo popular, uma vez se tratar de uma grande investigação envolvendo funcionários públicos e políticos, os condutores da Operação se tornaram uma espécie de celebridade na luta contra o crime organizado, sempre ancorados na grande mídia.

Com efeito, logrou-se êxito no descobrimento e desmantelamento de vários esquemas de corrupção em empresas estatais. Os meios utilizados para atingir esses fins, no entanto, parecem se mostrar um tanto quanto espúrios ou custosos.[47]

Dentre as ações criticadas, destacam-se algumas: o uso constante da mídia para angariar o apoio popular, incluindo constantes entrevistas públicas, transmissões ao vivo de atos processuais – inclusive o de oferecimento de denúncia – e chamadas sensacionalistas; a transformação dos condutores, como policiais, juízes e promotores, em heróis nacionais; uso irregular de acordos de colaboração premiada que concedem privilégios altíssimos aos delatores, incentivando falsas denúncias; envolvimento de juízes e promotores responsáveis pela Operação em questões políticas, comprometendo a imparcialidade; uso irregular de medidas coercitivas etc.

O caso do ex Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva se tornou paradigmático na denúncia de *lawfare* pela condução da Operação. Os advogados de defesa indicam que a motivação por trás dos processos é política e que houve a intenção de retirar o personagem da disputa eleitoral de 2018. Coincidência ou não, Lula figurava em primeiro lugar nas pesquisas de intenção de voto para a presidência quando foi condenado e retirado da disputa, dando lugar à eleição de seu oponente. Por sua vez, o juiz responsável pela condução da maioria dos processos da Lava Jato e o sentenciante da decisão condenatória, desde o início questionado pela defesa por imparcialidade, exonerou-se do cargo de magistrado para assumir como Ministro de Estado do novo governo.

Como se pode observar, falar sobre *lawfare* no Brasil, assim como no exterior, pode remeter às mais diversas situações e, embora se trate de uma nova denominação, parece se referir a um fenômeno antigo e sempre presente na história do país.

47. Sobre o tema, ver: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *O efeito da Lava Jato nas instituições judiciais brasileiros*. Portal Jota. 2016. Disponível em: [https://jota.info/colunas/coluna-da-sao-francisco/coluna-da-sao-francisco-o-efeito-lava-jato-nas-instituicoes-judiciais-brasileiras-19072016]. Acesso em: nov. 2018; TORON, Alberto Zacharias. O direito de defesa na Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 122. São Paulo: Ed. RT, set.-out., 2016; MATOS, Erica do Amaral. Colaboração premiada: análise de sua utilização na Operação Lava Jato à luz da verossimilhança e da presunção de inocência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 143, p. 155-176. São Paulo: Ed. RT, mai. 2018.

O fato de a Operação Lava Jato envolver figuras conhecidas e poderosas pode ter contribuído para que o assunto viesse à tona e despertasse o interesse de juristas.

A questão, no entanto, perpassa por raízes muito mais profundas e atingem pessoas que, possivelmente, não despertam tanto interesse ou atenção. Compreender a subjetividade, porém, é importante para que se possa compreender a realidade objetiva e trabalhar para alterar estruturas historicamente excludentes.

6. Conclusão

Conforme se observou, o termo *lawfare* aparece em diferentes momentos e conjunturas para descrever práticas aparentemente diversas, mas com algo em comum. Pôde-se chegar à conclusão de que *lawfare* trata do fenômeno de utilização e/ou manipulação das leis ou procedimentos jurídicos com a finalidade de burlar o seu real fim e prejudicar algum oponente, em seu aspecto negativo, ou de se utilizar os mecanismos legais para se alcançar uma finalidade político social que normalmente não se alcançaria com os mesmos meios.

De fato, o mau uso do direito voltado à manipulação da opinião pública não é novidade e advém de muito antes da invenção da expressão estrangeira que, aqui, significa guerra jurídica. O Direito em si consiste, a bem da verdade, em instrumento de dominação de classes hegemônicas sobre classes subordinadas, como bem pontuou Foucault.[48] O sistema jurídico é instituído e formado (através de sua totalidade de instituições, aparelhos, normas etc.) intencionalmente para agir como instrumento de perpetuação das relações sociais que garantem a hegemonia de determinada classe.

Como bem pontuado por Sari, cuja definição de *lawfare* supõe um abuso sistemático das normas, "direito e política coexistem em uma relação simbiótica. Direito pressupõe a existência de uma comunidade política, sem a qual não teria nenhum efeito, enquanto a política se baseia em lei para estabilizar as expectativas e futuras decisões políticas. Como os dois sistemas se complementam, a lei está aberta a impulsos não legais, por exemplo através do processo legislativo. Enquanto estes impulsos são incorporados na legislação de forma com que se traduzam em sua lógica distinta, o sistema jurídico mantém a sua autonomia e evita tornar-se uma mera extensão da política."[49]

48. FOUCAULT, Michel. Soberania e disciplina. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 19. ed. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 2004, p. 181.

49. Tradução livre. "*Law and politics co-exist in a symbiotic relationship. Law presupposes the existence of a political community without which it would have no purpose, while politics relies on law to stabilize expectations and future proof political decisions. Because the two*

Sob uma perspectiva materialista, a sociedade e, portanto, a política e também o direito correspondem aos interesses de classes hegemônica. Dessa forma, não apenas se tem um abuso corriqueiro do direito, mas sim um abuso patológico, intrínseco a sua própria natureza.

Por essa razão, a definição do casal Comaroff nos parece a mais acertada: "o uso de suas próprias regras [pelo Estado] para impor um sentido de ordem sobre seus subordinados, através de meios de violência legíveis, legais e legítimos pela sua própria palavra soberana. (...) Lawfare é o recurso a instrumentos jurídicos, à violência inerente à lei, para cometer atos de coerção política – o que é igualmente marcado nas pós-colônias, é claro."[50]

Assim, o Direito, por si só, é ideológico. Sua aplicação, mais ainda. Seus operadores, a depender da interpretação, da prática e, sobretudo, da intenção, podem utilizá-lo tanto com vistas à consolidação do Estado Democrático de Direito, quanto de forma a beneficiar uma pessoa ou outra, em detrimento de todos.

O que seria, então, o *Lawfare* se não o próprio sistema de justiça?

7. Referências bibliográficas

COMAROFF, Jean; COMAROFF, John L. *Law and disorder in the postcolony: an introduction*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

COMAROFF, Jean; COMAROFF, John L. *Theory from the south or, how Euro-America is evolving toward Africa*. Boulder, CO: Paradigm Publishers, 2012.

COMAROFF, John L. *Colonialism, culture, and the law*: a foreword. July 2006. *Law & Social Inquiry 26* (2): 305 – 314.

DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial*: a criminologia do fim da história. Universidade Federal do Paraná: tese de doutoramento, 2012.

systems complement one another, law is open to non-legal impulses, for example through the legislative process. As long as these impulses are incorporated into law in a manner which translates them into its distinct logic, the legal system retains its autonomy and avoids becoming a mere extension of politics." SARI, Aurel. *The Juridification of the British Armed Forces and the European Convention on Human Rights*: Because it's judgment that defeats us.'. Disponível em: [https://exeter.academia.edu/AurelSari]. Acesso em: 17.01.2019.

50. Tradução livre. "*Its use of its own rules (...) to impose a sense of order upon its subordinates by means of violence rendered legible, legal, and legitimate by its own sovereign word. And also to commit its own ever-socivilized, patronizing, high-minded forms of kleptocracy. Lawfare: the resort to legal instruments, to the violence inherent in the law, to commit acts of political coercion, even erasure – is equally marked in postcolonies, of course*." COMAROFF, Jean; COMAROFF, John L. *Law and disorder in the postcolony: an introduction*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

DUNLAP, Charles J. Lawfare today: a perspective. In: *Yale Journal of International Affairs*. Winter. 2008.

ESSEN, Erica von. *In the gap between legality and legitimacy*: Illegal hunting in sweden as a crime of dissent. Doctoral thesis. Swedish University of Agricultural Sciences. Uppsala, 2016.

FALK, Richard. Positive and negative forms of 'lawfare'. *Foreign Policy Journal*. 2015.

FOUCAULT, Michel. Soberania e disciplina. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder.* 19. ed. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 2004.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 38. ed. Petrópolis: Rio de Janeiro, 2010.

GILABERT, José Ramón Suberviola. Lawfare: el uso del derecho como arma. *Revista Española de Derecho Militar.* Núm. 106, julio-diciembre 2016.

GOLDSTEIN, Brook. *The Disproportionate Use of Lawfare*. April 5, 2010. Disponível em: [https://www.gatestoneinstitute.org/1132/the-disproportionate-use-of-lawfare]. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

NEVES, Marcelo. *Constituições e direito na modernidade periférica*: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: WMF Martins Fontes Ltda., 2018.

ORTE, Paola de. *A mídia como arma de guerra e a batalha no campo ideacional*: o conflito entre árabes e israelenses. 2016. 99 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais). Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. Se você não sabe o que é soft law e lawfare, pior para você. Portal Conjur: 2018. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/limite-penal-voce-nao-sabeo-soft-law-lawfare-pior-voce]. Acesso em: 28.07.2018.

RANGANATHAN, Surabhi. Legality and lawfare in regime implementation. In: RAJKOVIC, Nikolas M., AALBERTS, Tanja, GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas. *The power of legality:* practices of international law and their politics. Cambrigde University Press, 2016, p. 291-293.

RUEDIGER, Marco Aurélio (Coord.) *Robôs, redes sociais e política no Brasil*: estudo sobre interferências ilegítimas no debate público na web, riscos à democracia e processo eleitoral de 2018. Rio de Janeiro: FGV, DAPP, 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 7. ed., rev. atual. ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SARI, Aurel. *The Juridification of the british armed forces and the European Convention on Human Rights*: 'Because it's judgment that defeats us.' Disponível em: [https://exeter.academia.edu/AurelSari].

SHECAIRA, Sérgio Salomão. A mídia e o direito penal. *Boletim IBCCRIM*, v. 45, Agosto Esp., 1996.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. A lei e o outro. *Boletim IBCCRIM,* v. 99, fevereiro, 2001.

TIEFENBRUN, Susan W. Semiotic definition of lawfare. *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol, 43, issue 1, 2010.

TORON, Alberto Zacharias. O direito de defesa na Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 122. São Paulo: Ed. RT, set.-out., 2016.

WACQUANT, Loïs. Rumo à militarização da marginalização urbana. *Discursos Sediciosos*, n.º 15-16, 2007 p. 207

WERNER, Wouter G. The curious career of lawfare. *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol, 43, issue 1, 2010.

ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro* I. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A Campanha "Dez Medidas Contra a Corrupção" e o papel do Ministério Público Federal na formação da agenda legislativa penal, de Patrícia Carraro Rossetto – *RBCCrim* 147/685-743 (DTR\2018\19335);
- Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a Operação Lava Jato como processo penal do inimigo, de Gustavo de Souza Preussler – *RBCCrim* 134/87-107 (DTR\2017\2542); e
- O martelo Moro: a "Operação Lava Jato" e o surgimento dos juízes *partisans* no Brasil, de Matheus Felipe de Castro – *RBCCrim* 136/293-319 (DTR\2017\6313).

Acordo de não persecução penal: um caso de direito penal das consequências levado às últimas consequências

Non-prosecution agreement: a criminal law of the consequences' case taken to the last consequences

Leo Maciel Junqueira Ribeiro

Advogado Criminalista. Bacharel em Direito pela UFMG. Associado ao IBCCrim. Membro do I Laboratório de Ciências Criminais em Belo Horizonte/MG (IBCCrim).
leoribeiromj@gmail.com

Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Advogado Criminalista.
victorsilva.costa@yahoo.com.br

Recebido em: 17.09.2018
Aprovado em: 15.04.2019
Última versão dos autores: 26.04.2019

Áreas do Direito: Penal; Fundamentos do Direito

Resumo: Partindo da ideia de orientação do Direito Penal pelas consequências, este artigo visa realizar uma análise sobre o acordo de não persecução penal, um instituto importado do *plea bargaining* anglo-americano que vem ganhando espaço no sistema jurídico brasileiro, tendo como referência três principais dispositivos: o art. 283 do Projeto de Lei 8.045/2010; o art. 18 da Resolução 181/2017 do CNMP; o Anteprojeto para alteração do Código de Processo Penal; o "Projeto de Lei Anticrime". Com base na ideia de acordo de não persecução penal que foi apresentada nesses dispositivos, este trabalho vai analisar o instituto sob a perspectiva da sua involuntariedade, da impossibilidade de realização na fase investigativa, da degeneração

Abstract: Starting with the idea of guiding criminal law by its consequences, this article aims to analyze the non-prosecution agreement, an institute imported from the American plea bargaining system that has been gaining ground in the Brazilian legal system, using as reference three main mechanisms: art. 283 of Bill 8,045/2010; art. 18 of CNMP Resolution 181/2017; the preliminary draft amendment to the Code of Criminal Procedure; the "Anti-crime Bill". Based on the idea of a criminal non-prosecution agreement that was presented in these provisions, this work will analyze the institute from the perspective of its involuntariness, the impossibility of realization in the investigative phase, the degeneration of the institutional functions of the Public

das funções institucionais do Ministério Público e da vedação ao uso da confissão como único fundamento da culpabilidade. Nas conclusões, apresenta-se proposta de alterações no sistema jurídico, sem as quais a legitimidade do acordo de não persecução penal pode ser questionada.

Palavras-chave: Direito Penal das consequências – Acordo de não persecução penal – *Plea bargaining* – Devido processo legal – Princípios constitucionais – Culpabilidade.

Prosecutor's Office and the fence use of confession as the sole foundation of guilt. In the conclusions, a change in the legal system is presented, without which the legitimacy of the non-prosecution agreement can be questioned.

Keywords: Criminal law of the consequences – Non-prosecution agreement – Plea bargaining – due process of law – Constitutional principles – Guiltiness.

Sumário: 1. Introdução. 2. O direito penal orientado pelas consequências. 3. Dispositivos sobre acordo de não persecução penal formulados no Brasil. 3.1. Artigo 283 do Projeto de Lei 8.045/2010. 3.2. Artigo 18 da Resolução 181/2017 do CNMP. 3.3. Anteprojeto para alteração do Código de Processo Penal. 3.4. Disposições do "Projeto de Lei Anticrime". 4. Problemas estruturais e sistêmicos do acordo de não persecução penal. 5. Involuntariedade da confissão. 6. Impossibilidade de realização do acordo na fase investigativa. 7. Degeneração das funções institucionais do Ministério Público. 8. Confissão isolada como fundamento da culpabilidade?. 9. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O desenvolvimento do constitucionalismo ao longo das últimas décadas tornou clara a premissa de que a jurisdição penal, para ser considerada legítima, deve necessariamente estar submetida e vinculada às garantias fundamentais descritas na Constituição da República[1]. A despeito dessa premissa, no ordenamento jurídico brasileiro cresce gradativamente a orientação do Direito Penal pelas consequências, o que significa a busca pela aplicação da pena sem preocupações significativas com o devido processo legal, a idoneidade da legislação penal ou a fundamentação legítima da culpabilidade[2].

Nesse contexto, o que foi estruturado tradicionalmente como o "núcleo duro no direito penal liberal"[3] hoje se transforma no direito penal e processual pe-

1. FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo e jurisdição. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. *Direito penal como crítica da pena*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 233-248.
2. HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno sistema penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen, São Paulo, n. 18, fev.-mar. 2003. p. 149.
3. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 177-192.

nal das consequências, que por essência é expansivo e recebe institutos que lhe eram anteriormente extrínsecos. No sistema jurídico brasileiro, o instituto da transação penal talvez seja um dos mais tradicionais exemplos dessa estrutura, tendo sido muito criticado desde a sua implementação pelo fato de possuir como objeto infrações que a princípio não deveriam estar no âmbito penal, dispensando a instrução processual para possibilitar a imposição[4] imediata de pena e transformando essa imposição em ato que não é caracteristicamente jurisdicional[5].

Seguindo essa tendência utilitário-economicista no direito penal e processual penal, diversos dispositivos normativos brasileiros buscam importar do direito anglo-americano o instituto do *plea bargaining* ou, em especial, a *plea guilty*, que significa, em síntese, a confissão de culpa do investigado por uma ou todas as imputações que lhe foram feitas, em troca da aplicação imediata da uma pena reduzida[6]. Alguns dos dispositivos normativos brasileiros que atualmente se destacam nesse sentido são o art. 283 do Projeto de Lei 8.045/2010, que propõe a reforma do Código de Processo Penal (CPP), o art. 18 da Resolução 181/2017, redigida pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), a proposta de acréscimo do art. 28-A ao CPP, pelo Anteprojeto do Min. Alexandre de Morais e, por fim, a alteração nos arts. 28 e 395 do CPP, que foi sugerida no "Projeto de Lei Anticrime" apresentado pelo Min. Sérgio Moro.

A presença desses novos dispositivos justifica a necessidade de que sejam realizados debates sérios e aprofundados a respeito da viabilidade na importação do acordo de não persecução penal para o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que concerne a seus aspectos estruturais, sistêmicos e

4. Embora consideremos que há imposição de pena após a negociação, há posicionamentos divergentes, como: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. (Org.). *Acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 98. O argumento do autor, no sentido de que a sanção decorrente do acordo seria o que ele chamou de "medida de responsabilização", parece uma abordagem meramente retórica. Mesmo na transação penal, que é tipicamente uma negociação processual, o que de fato existe é o "cumprimento de uma pena consensualmente ajustada" (SOBRANE, Sérgio Turra. *Transação penal*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 54).
5. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Manifesto contra os juizados especiais criminais (uma leitura de certa "efetivação" constitucional). In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Constitucionalizando direitos*: 15 anos da constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 355.
6. RAKOFF, Jed S. Why innocent people plead guilty. *The New York Review of Books*, New York, v. 61, n. 18, nov. 2014.

constitucionais. Analisar cada uma dessas questões de forma crítica, bem como contribuir com a realização de debates sobre a temática, serão os principais objetivos que teremos como referência neste artigo, iniciando com a delimitação do significado e dos fundamentos do Direito Penal das consequências, visto que, como todo processo interpretativo, a existência de pré-compreensões possui fundamental importância para o correto entendimento dos significados que se pretende transmitir.[7]

2. O direito penal orientado pelas consequências

Conforme descreve Winfried Hassemer, uma das principais características da política criminal contemporânea é a orientação do Direito Penal pelas suas consequências, prevalecendo a ideia de que cabe ao legislativo e ao judiciário buscar, por meio da aplicação das sanções penais, a correção do autor da infração e a contenção completa da criminalidade[8]. Com a utilização da palavra "consequências", Hassemer não parece estar se referindo tão somente às funções da pena ou da punição, mas também aos anseios últimos da sociedade civil em relação ao sistema penal, quase como se fosse a utopia que é desejada pelo imaginário popular e que supostamente seria alcançada por meio da punição. Para o autor, essa característica representa a superação do paradigma clássico no Direito Penal, cujos objetivos principais eram perseguir o injusto e compensar a culpa do agente delitivo[9].

Nesse contexto de Direito Penal das consequências, é também possível notar o crescimento do apoio às ideias do chamado "defensismo social", passando-se a exigir do Estado uma repressão muito mais incisiva à prática de crimes e melhorias quanto à "eficiência" na aplicação da pena, ainda que para isso sejam violadas garantias individuais determinadas pela constituição. Nesse contexto, cria-se uma ideia de jurisdição penal que não se limita às instituições da justiça

7. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 285-293.

8. HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. 2. ed. rev. e atual. por Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Sergio Antonio Fabris Editor. p. 129.

9. RIOS, Rodrigo Sánchez; MACHADO, Allian. Tipicidade e inversão do ônus da prova na lavagem de dinheiro: entre a teoria e a prática da nova política criminal de perseguição de ativos ilícitos. *Revista Jota*, abr. 2018. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/tipicidade-e-inversao-do-onus-da-prova-na-lavagem-de-dinheiro-27042018]. Acesso em: 05.05.2015.

criminal, afetando o modelo de Estado contemporâneo, que se torna marcado pela sublimação do espetáculo, pela flexibilização dos limites democráticos e pela permissividade crescente à ilegalidade ou à inconstitucionalidade no processo penal[10]. Como exemplo empírico dessa permissividade às situações ilegalidade, têm-se a aplicação excessiva das prisões provisórias, embora a lei penal a considere medida extremada de exceção[11], aplicável somente em último caso, totalizando o número muito elevado de presos provisório no sistema penal brasileiro: 34% dos presos atualmente são provisórios, dentre os quais, 49% estão presos por período superior a 180 dias[12]. Quanto à inconstitucionalidade, basta nos referirmos à violação do princípio da presunção de inocência que foi realizada pelo Supremo Tribunal Federal a partir do HC 126.292, com a utilização de argumentos absolutamente improcedentes[13]. Nessa conjuntura, destaca-se também certo retrocesso à teoria retributiva da pena, que baseia a pena em aspectos valorativos de retribuição, prescindindo de conteúdo material de justificação[14]. Assim, demandado respostas imediatas e irrestritas do Estado, a sociedade passa a considerar que o Direito Penal só poderá ser legítimo caso a sua estrutura potencialize ao máximo as possibilidades de aplicação da pena, da forma mais rápida possível.

O conjunto dessas circunstâncias torna muito razoável a constatação de existência, no ideário atual, do Direito Penal das consequências, o qual, conforme descrito anteriormente, dispensa preocupações relevantes com o devido processo legal, a idoneidade da legislação penal ou a fundamentação legítima da culpabilidade. Dessa forma, a existência do processo penal e o respeito às garantias individuais são vistos equivocadamente como entraves desnecessários à

10. CASARA, Rubens. *Estado pós-democrático*: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 19-46.
11. SILVEIRA, Felipe Lazzari da. A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 67, jul.-dez. 2015. p. 213-244.
12. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Levantamento dos presos provisórios do país e plano de ação dos tribunais. Disponível em: [www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dospresos-provisorios- do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais]. Acesso em: 05.05.2018.
13. Com uma análise fundamental sobre o tema, *vide*: ESTELLITA, Heloísa. A flexibilização da legalidade no Supremo Tribunal Federal: o caso da execução da condenação sujeita a apelos extremos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 2, 2018.
14. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 262-263.

aplicação da pena, buscando-se o encurtamento dos procedimentos e a flexibilização das nulidades processuais para que a pena possa ser aplicada com a maior brevidade possível.[15]

No contexto descrito, a aplicação de institutos relacionados ao *plea bargaining* no direito penal brasileiro aparenta ser uma alternativa cabível para os objetivos que são buscados pelas ideias reitoras do Direito Penal e da política criminal contemporâneos, visto que sua estrutura permite menor vinculação às garantias constitucionais que são típicas do sistema romano-germânico[16], conforme se verá a seguir. Sendo representante desses institutos do *plea bargaining* e alvo de críticas incisivas no direito anglo-americano, o acordo de não persecução penal busca ser importado para o sistema jurídico brasileiro, por meio dos dispositivos descritos a seguir.

3. Dispositivos sobre acordo de não persecução penal formulados no Brasil

Conforme descrito anteriormente, são quatro os dispositivos normativos brasileiros que se destacaram por tratar do acordo de não persecução penal, nomeadamente: o art. 283 do Projeto de Lei 8.045/2010, o art. 18 da Resolução 181/2017 do CNMP; o art. 28-A do CPP no Anteprojeto do Min. Alexandre de Morais; os arts. 28 e 395 do CPP no "Projeto de Lei Anticrime". Por meio da observação dos aspectos que são convergentes entre esses dispositivos, é possível delimitar o os principais pontos de discussão a respeito da ideia de acordo de não persecução penal que está sendo trazida ao Brasil, o que é indispensável para esta pesquisa. Nesses termos, serão destacados apenas os aspectos principais de cada um dos dispositivos.

3.1. Artigo 283 do Projeto de Lei 8.045/2010

No *caput* do art. 283 do Projeto de Lei 8.045/2010, também chamado de Reforma do Código de Processo Penal, há previsão expressa para a possibilidade

15. SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 32-61.

16. SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo? Trad. Silvina Bacigalupo. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Editorial Tecnos, 2002. p. 289.

de acordo de não persecução penal, que pode ocorrer até o início da instrução processual, antes da audiência de instrução e julgamento, podendo ser requerido pelas partes nos casos em que a pena máxima cominada não ultrapasse oito anos[17]. No § 1º do art. 283 estão dispostos os requisitos para o acordo, que são: a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória; o requerimento de que a pena seja aplicada no mínimo legal; a expressa manifestação das partes para dispensar a produção das provas por elas indicadas. Outro ponto relevante é a previsão expressa, nos parágrafos sétimo e oitavo, da necessidade de homologação do acordo de não persecução penal pelo juiz. Por fim, é importante ressaltar que a homologação do acordo passa a ser considerada sentença condenatória.

3.2. Artigo 18 da Resolução 181/2017 do CNMP

Os termos do acordo de não persecução-penal que estão descritos no art. 18 da Resolução 181/2017 do CNMP possuem importantes diferenças quanto ao que determina o dispositivo citado anteriormente. Vale ressaltar que, assim como muitos outros dispositivos, o art. 18 foi modificado pela Resolução 183/2018, que alterou a resolução anterior e determinou a redação do art. 18 que está vigente. Assim, trataremos neste artigo da versão mais recente da redação dada ao art. 18 Resolução 181/2017 do CNMP.

Antes de tratarmos dos termos do art. 18, uma análise breve já demonstra um aspecto problemático nas Resoluções 181/2017 e 183/2018 do CNMP, que é o fato de não serem dispositivos normativos emanados do Congresso Nacional, o que sugere uma violação direta ao princípio da legalidade ou da reserva legal[18]. Essa violação pode ser apontada pois, conforme descreve o art. 22, inciso I, da Constituição Federal, não há dúvida de que compete apenas à União legislar sobre matéria de Direito Penal e Processo Penal[19]. Poder-se-á perceber ao longo

17. BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 8.045/2010. Revoga o Decreto-lei 3.689, de 1941. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263]. Acesso em: 15.04.2018. Texto original.

18. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 21-22.

19. Destaca-se que acordo de não persecução penal incide sobretudo em circunstâncias que não estão dentro do que é chamado tecnicamente de processo penal, limitando-se às investigações preliminares. No entanto, as consequências do acordo em relação às garantias constitucionais de Direito e Processo Penal serão demonstradas nesse artigo, o que justifica a impossibilidade da Resolução 181/2017 do CNMP regulamentar essa matéria.

deste artigo que, talvez por não ter passado pelo devido processo legislativo, essa resolução possui problemas maiores que o art. 283 do Projeto de Lei 8.045/2010.

Além desse problema de legalidade, os termos do *caput* do art. 18 da Resolução 181/2017 do CNMP merecem ser aqui descritos. Primeiramente, ressalta-se que nesse dispositivo o acordo apenas pode ser proposto pelo Ministério Público, e desde que não seja o caso de arquivamento no inquérito, ou seja, haverá denúncia caso o acordo seja recusado pelo investigado[20]. Além disso, somente poderá haver acordo caso a pena cominada ao crime seja inferior a quatro anos e ele não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, devendo haver, quando possível, a reparação do dano para a vítima.

Para esse dispositivo normativo, a confissão do acusado também é um requisito do acordo de não persecução penal, assim como no da Reforma do Código de Processo Penal, além da renúncia a bens e direitos que sejam apontados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime. Por fim, é importante destacar que nessa proposta há uma cláusula aberta no inciso V do art. 18, determinando que o investigado deverá "cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada".

3.3. Anteprojeto para alteração do Código de Processo Penal

Outro dispositivo sobre acordo de não persecução penal que pode ser destacado está incluído no anteprojeto de lei que foi apresentado no dia 08 de maio de 2018 ao Congresso Nacional (CN), tendo sido encabeçado pelo ministro Alexandre de Moraes (REF). O anteprojeto deu origem aos PL 10372/18 e 10373/18, sendo que a partir do momento que se tornou público foi possível constatar nele a proposta de adicionar o art. 28-A ao CPP, no qual está disciplinado o acordo de não persecução penal.[21]

Analisando brevemente o dispositivo, pode-se pensar que ele levou como parâmetro a Resolução 181 do CNMP, pois é possível notar alguns pontos de

20. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Resolução 181, 07.08.2017. Diário Eletrônico do CNMP, Caderno Processual, Brasília, 08.09.2017. Disponível em: [www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/5277]. Acesso em: 15.04.2017.

21. ALVES, Raquel; TREVOR, Valentina. *Encabeçada por Moraes, proposta contra crime organizado divide especialistas*. Disponível em: [www.jota.info/legislativo]. Acesso em: 15.05.2018.

transcrição da resolução, como as condições de "reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo" e de "renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime". Dessa forma, as críticas que seriam realizadas aos aspectos problemáticos desses trechos no âmbito da Resolução 181 do CNMP podem ser plenamente projetadas à quase totalidade desse anteprojeto.

Em alguns pontos muito específicos, o dispositivo proposto trouxe pequenos avanços em relação à resolução do CNMP, como: a restrição temporal e material das condições que podem ser impostas pelo Ministério Público ao acusado; a especificação das formalidades na homologação do acordo pelo juiz, pela verificação de aspectos formais e materiais dentre os quais se destacam a regularidade, legalidade, voluntariedade e adequação ao caso concreto. Ademais, o envio da proposta ao Congresso Nacional, que possui legitimidade para apreciar questões de natureza penal, faz com que esse projeto, ao menos nesse ponto específico, não tenha incorrido em violação ao princípio da legalidade, em sua perspectiva formal.

No entanto, além das partes que representaram pequenos avanços em relação à Resolução 181 do CNMP, algumas alterações do anteprojeto são incoerentes com o discurso padrão que o propõe[22], constituindo um tipo de seletividade questionável. Como exemplo, destaca-se a vedação do acordo quando há "lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (Lei 9.613/1998), praticado por funcionário público contra a administração pública (Código Penal, Título XI, Capítulo I) ou nos casos de incidência da Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006".

Além disso, há diversas circunstâncias que impedem a realização do acordo, quais sejam: ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

22. Em se tratando dos crimes hediondos, o dispositivo determina que também não pode haver o acordo, por existir uma escolha político-criminal mais repressiva a esses crimes. Contudo, nos outros delitos citados não há sequer uma justificativa formalista, constituindo escolha arbitrária do legislador, o que deve ser vedado no Direito Penal (ESPADALER, Enric. Límites materiales al legislador penal en un espacio de pluralismo constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 103, jan.-abr. 2015. p. 327).

O conjunto dessas circunstâncias pode implicar uma lógica de periculosidade que é inadmissível em nosso ordenamento jurídico, tendo sido as expressões "conduta social" e "personalidade do agente" já muito criticadas por constituírem violação ao princípio da culpabilidade, por representarem o "direito penal do autor"[23]. Portanto, conforme ficará mais claro ao final deste artigo, o anteprojeto estrutura o acordo de não persecução penal numa lógica duvidosa, pois o legislador veda a sua realização, que causa graves prejuízos ao acusado, justo nos casos em que parece querer tornar o sistema penal mais repressivo, faltando coerência.

3.4. Disposições do "Projeto de Lei Anticrime"

A proposição mais recente de acordo de não persecução penal no sistema jurídico brasileiro é o "Projeto de Lei Anticrime"[24], apresentado pelo Min. Sérgio Moro no início de 2019, que agora é denominado como PL 882/19. Esse projeto possui diversas semelhanças com as Resoluções 181/2017 e 183/2018 do CNMP, inclusive parecendo se tratar de uma tentativa de positivação do que havia sido proposto pelo Ministério Público. Contudo, pode-se afirmar que, dessa forma, o PL 882/19, assim como o anteprojeto do Min. Alexandre de Morais, não incorreu em violação à legalidade formal, por ter sido submetido ao Congresso Nacional.

Quanto às suas disposições sobre o acordo de não persecução penal, o PL 882/19 adiciona inicialmente o art. 28-A ao CPP, que possui redação quase idêntica às Resoluções 181/2017 e 183/2018 do CNMP, indicando como definição do acordo, em seu *caput*:

> "o Ministério Público ou o querelante poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, se não for hipótese de arquivamento e se o investigado tiver confessado circunstanciadamente a prática de infração penal, sem violência ou grave ameaça, e com pena máxima não superior a quatro anos."

As condições possíveis para o acordo são: I – reparar o dano; II – renunciar a bens e direitos indicados pelo MP; III – prestar serviços; III – pagar prestação pecuniária; IV – outra condição a ser indicada pelo MP. As principais

23. BRUNONI, Nivaldo. Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade. *Revista de Doutrina TRF4*. Disponível em: [www.revistadoutrina.trf4.jus.br]. Acesso em: 15.05.2018.

24. O projeto pode ser acessado em: [www2.camara.leg.br/].

diferenças são a ausência de limite econômico do dano causado e de vedação em determinados crimes, impedimento à prescrição na vigência do acordo e determinação da extinção da punibilidade em caso de comprimento, com baixa na ficha de antecedentes, bem como vedação ao acordo para aqueles que pratiquem "conduta criminal habitual, reiterada ou profissional". É notável a alteração quanto à homologação do acordo, que fica um pouco mais detalhada, nos seguintes termos: "para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade" (art. 28-A, § 4º).

A maior inovação talvez tenha sido no art. 395-A, que prevê a possibilidade de aplicação imediata das penas, sendo que, nesse caso, pode-se afirmar que são previstos pequenos avanços como "o cuidado com a vítima, a fiscalização pessoal pelo juiz em audiência, a detecção judicial de abusos em casos de inexistência de crime ou de pena desproporcional, e rigor com existência material da concordância das partes" [25]. De fato, embora mantenha os pontos questionáveis dos outros dispositivos citados acima, trata-se da proposta mais detalhada que se apresentou até o momento em sistema jurídico brasileiro.

4. Problemas estruturais e sistêmicos do acordo de não persecução penal

No direito anglo-americano, os institutos do *plea bargaining* ou, em especial, a *plea guilty*, que serviram como principal referência para o conceito de acordo de não persecução penal descrito acima, são duramente criticados. Em síntese, as críticas afirmam que a confissão do acusado em troca da redução em sua pena, sendo ela aplicada imediatamente após a confissão, possui problemas estruturais e sistêmicos que prejudicam não apenas o devido processo legal, mas também os valores fundamentais do sistema criminal[26].

Um dado interessante é que, nos Estados Unidos da América, no ano de 2015, cerca de 44% dos indivíduos que realizaram algum tipo de acordo de não persecução penal tiveram em seus casos a constatação, posteriormente, de que eram

25. Nesses termos, *vide*: DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. Acordos de não persecução e de aplicação imediata de pena: o *plea bargain* brasileiro. *Boletim do IBCCrim*, ano 27, n. 317, 2019. p. 5-7.

26. SCHULHOFER, Stephen J. Plea bargaining as disaster. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 101, n. 8, jun., 1992. p. 1979.

inocentes dos crimes que lhes foram imputados pelo Ministério Público[27]. Inclusive, é reconhecida a incessante busca, por parte da comunidade acadêmica norte-americana, de alternativas ao sistema de *plea bargaining* e aos acordos de não persecução penal, como, por exemplo, a modificação de determinados aspectos do procedimento no processo penal e a garantia da instrução processual a todos os cidadãos[28]. Tudo a indicar, de uma forma ou de outra, que o acordo de não persecução penal deixa inclusive de ser uma forma adequada de redução dos índices de criminalidade, o que levou até mesmo certas instituições anglo-americanas a proibirem sua prática[29].

Contudo, como opção metodológica, deixemos por hora essa síntese das críticas realizadas pela doutrina anglo-americana, para nos dedicarmos à análise das críticas ao acordo no sistema jurídico brasileiro. Assim, também na doutrina brasileira muitas críticas se fazem presentes, embora certos autores acreditem, a nosso ver de forma equivocada, que o instituto é totalmente aplicável na jurisdição penal brasileira[30]. Apenas quanto ao aspecto estrutural e sistêmico do acordo, que está sendo analisado no presente item, uma síntese interessante sobre essas críticas está contida nas palavras de Jacinto Coutinho, no sentido de que esse tipo de "instituto" seria incompatível com a fundamentação do sistema processual penal brasileiro:

> "Tudo leva a crer, enfim, que um plea bargaining metido em um processo do sistema inquisitório como o brasileiro seja um desastre, retirando ainda mais o pouco de democracia processual que restou depois da americanização

27. UNIVERSITY OF MICHIGAN LAW SCHOOL. The national registry of exonerations: exonerations in 2015. Michigan, fev. 2016. Disponível em: [www.law.umich.edu]. Acesso em: 05.05.2018.
28. ALSCHULER, Albert. Implementing the criminal defendant's right to trial: alternatives to the plea bargaining system. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 50, n. 3, jun. 1983. p. 1048.
29. Nesse sentido, *vide*: BERGER, Moise. The case against plea bargaining. *American Bar Association Journal*, v. 62, n. 5, 1976. p. 624.
30. Nesse sentido, alguns até chegaram a afirmar que o acordo de não persecução penal é "matéria de política criminal do titular da ação penal", não possuindo natureza penal nem processual penal, quase como se o próprio Ministério Público tivesse a competência de escolher, oportunamente, qual será a forma aplicável para resultar na aplicação de penas, como se a jurisdição penal lhe fosse uma mera opção. Com essa opinião, que é absolutamente contrária ao que se defende neste artigo, *vide* o seguinte artigo: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal: art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. (Org.). *Acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 29-46.

> à brasileira promovida nos últimos anos, tudo sem o devido controle por quem de direito, seja lá por qual motivo for. Ter plea bargaining é inevitável se o processo penal brasileiro vier a ser acusatório. Mas para isso é preciso, antes, importar o sistema todo, com ônus e bônus. Do jeito que se está tentando impor, os ônus ficarão para os cidadãos investigados/acusados; e os bônus - tudo indica – ficarão para o Estado e seus órgãos."[31]

Portanto, como esse instituto é alvo de severas críticas no sistema anglo-americano, em que sua aplicação é uma realidade, e também no brasileiro[32], deve-se buscar entender quais são as outras críticas direcionada ao acordo de não persecução penal e como elas podem ser vistas no sistema jurídico brasileiro. Afinal, pode haver problemas estruturais e sistêmicos que são inerentes ao acordo de não persecução penal e que, analisados sob a perspectiva de nosso sistema jurídico e dos princípios constitucionais que o norteiam, podem se tornar ainda mais complexos.

5. Involuntariedade da confissão

A primeira questão que deve ser debatida de forma aprofundada em relação ao acordo de não persecução penal é a possibilidade de que a confissão que é feita pelo investigado antes da aplicação de sua pena seja involuntária. Dessa forma, deve-se ter como pressuposto que o acordo de não persecução penal somente será considerado legítimo se a confissão for voluntária, o que importa destacar que deve existir plena liberdade e autonomia para o investigado[33].

Nos debates sobre o acordo de não persecução penal que realizados no direito anglo-americano, há um clássico precedente que merece ser citado, no caso *Boykin v. Alabama*[34]. Nesse caso, julgado pela *Warren Court*, ainda no ano de 1969, os magistrados sustentaram que a admissão de culpa é uma confissão, e a

31. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Plea bargaining no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado. *Boletim do IBCCrim*, ano 27, n. 317, 2019. p. 4.

32. Uma análise muito importante dessas críticas, sobre o modelo negocial de forma mais ampla, está contida em: VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial*: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015. p. 143-208.

33. HASSAN CHOUKR, Fauzi. *Código de Processo Penal*: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 8. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 368-376.

34. WARREN COURT. *Boykin v. Alabama*. J. 02.06.1969. Disponível em: [www.oyez.org]. Acesso em: 16.05.2018.

validade da confissão depende da confirmação de que foi feita de forma voluntária[35]. A voluntariedade, por sua vez, depende da liberdade e da autonomia para a realização do acordo de não persecução penal, indo muito além da mera capacidade civil ou da ausência de coações físicas irresistíveis. Nesses termos, parte da doutrina anglo-americana descreve que há um sério risco de que os acusados ou investigados confessem fatos inexistentes de forma involuntária, diante do risco de uma condenação mais gravosa ao final do processo[36], ou até mesmo a situação de *overcharging*, em que os acusadores fazem imputações mais graves para forçar acordo menos vantajoso ao investigado. [37]

Não obstante, para a existência de liberdade e a autonomia é necessário que não exista coação ilícita direcionada ao acusado. Essa necessidade é talvez um dos pontos mais questionáveis do acordo de não persecução penal, pois quando o investigado decide se irá confessar ou se escolherá ser submetido à instrução processual, há diversos fatores que podem ser considerados influência indevidas na forma como será feita essa decisão.

O primeiro deles é a ameaça de prisão preventiva, que embora seja considerada uma medida extrema no decorrer do inquérito e do processo penal, tem sido aplicada de forma desmedida contra os acusados. Conforme já explicitado anteriormente, cerca de 34% dos presos no Brasil são presos provisórios no ano de 2017, sendo que entre eles uma média de 49% estão presos há mais de 180 dias, demonstrando a alta incidência das medidas cautelares antes do encerramento da instrução processual[38]. Com fundamentos de redação genérica e indeterminada[39], como

35. No original: "The Court held that a guilty plea is a confession, and the admissibility of a confession is contingent on the confirmation that it was made voluntarily".

36. Nesse sentido, *vide*: DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa A. The innocent defendant's dilemma: an innovative empirical study of plea bargaining's innocence problem. *Journal of criminal law and criminology*, v. 103, n. 1, 2013. p. 1-48; YANT, Martin. *Presumed guilty*: when innocent people are wrongly convicted. Nova York: Prometheus Books, 1991. p. 171-173; LANGBERN, John. Torture and plea bargaining. *The University of Chicago Law Review*, v. 46, n. 3, 1978. p. 4-20.

37. BIBAS, Stephanos. Plea bargaining outside the shadow of trial. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 8, jun. 2004. p. 2471.

38. . CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais. Disponível em: [www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais]. Acesso em: 05.05.2018.

39. BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm]. Acesso em: 05.05.2018.

a garantia da "ordem pública" ou da "ordem econômica", existe grande possibilidade que o acusado se veja submetido à aplicação da prisão preventiva, bastando um requerimento do Ministério Público para motivar decisão judicial que a decreta, a despeito da determinação legal de que a prisão provisória seja medida de exceção. Dessa forma, em que o investigado decide realizar o acordo de não persecução penal, sempre existirá a ameaça da prisão preventiva de forma excedente aos limites da legalidade, fazendo com que ele prefira confessar falsamente a prática do crime do que arriscar ser preso preventivamente durante o trâmite processual.

Além da grave ameaça da prisão preventiva, pode-se destacar a influência que advém da própria existência do inquérito e do processo penal, tendo em vista a publicização midiática que se potencializa na jurisdição penal. Assim, essa coação advém principalmente da estigmatização gerada pelo processo penal em relação aos acusados, pois a publicização midiática dos procedimentos penais não se atém à descrição imparcial ou ambivalente dos acontecimentos. Ao contrário, essa publicização é construída por narrativas dramáticas que visam unicamente atrair audiência[40], as quais, aliadas à arbitrariedade da justiça criminal, geram consequências irreparáveis e injustificáveis nas vidas dos acusados[41]. Por certo, não se trata de regra geral, mas é um contexto fático que está crescendo gradativamente e tem se tornado muito comum em nosso sistema jurídico. Sendo assim, pode-se questionar como qualquer indivíduo poderia decidir livre e autonomamente pela realização de um acordo de não persecução penal quando existe o risco iminente de ter sua vida exposta e execrada nas redes televisivas nacionais, caso decida pela continuidade do inquérito policial ou do processo penal.

A falta de segurança jurídica também pode ser apontada como uma possível influência indevida na liberdade e na autonomia do investigado que decidirá sobre a realização o acordo. Na justiça criminal brasileira, a falta de segurança jurídica se divide entre a permissividade aos atos arbitrários e o desprezo dos tribunais pela dogmática penal, circunstâncias que não são regra, mas que podem ser observadas com frequência na prática jurídica. Quanto à permissividade aos

40. BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. Revista Brasileira de Ciências Criminas, "Revista Especial", 8º Seminário Internacional, São Paulo, n. 42, 2003. p. 5-6.

41. Pode-se citar como triste exemplo dessas consequências o caso notório do Reitor Cancellier, da Universidade Federal de Santa Catarina, que cometeu suicídio em decorrência das diversas arbitrariedades que sofreu por parte da Polícia Federal (CARVALHO, Luiz Maklouf. Suicídio de reitor põe PF sob suspeita. *O Estado de S.Paulo*, Florianópolis, 03.12.2017. Disponível em: [http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,suicidio-de-reitor-poe-pf-sob-suspeita,70002105813]. Acesso em: 05.05.2018.

atos arbitrários, não é necessário que a análise exceda a questão da execução provisória da pena após julgamento em segunda instância, já citada acima, ato que viola frontalmente o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal e foi aceito pelo Supremo Tribunal Federal[42]. O desprezo dos tribunais pena dogmática penal se manifesta de diversas formas, como a não aplicação do princípio da insignificância com base na periculosidade do agente[43]. Sem a utilização da dogmática penal, que possui a função indispensável de sistematizar os critérios de aplicação das normas penais[44], a existência de segurança jurídica é prejudicada. Nesse sentido, pode-se questionar a voluntariedade do acordo quando houver insegurança jurídica especialmente grave, tendo em vista que nesses casos o investigado não poderia saber quais seriam as reais consequências de seu acordo.

Os fatores citados nos levam a questionar sobre a real possibilidade de que haja voluntariedade no acordo de não persecução penal, visto que eles podem mitigar a liberdade e a autonomia do investigado quando decidirá pela realização (ou não) do acordo. Inclusive, esse debate já levou parte da doutrina a afirmar, de forma incisiva, que não se pode falar em qualquer voluntariedade na negociação processual[45]. Por conseguinte, ainda que não se tenha cometido o crime pelo qual está sendo investigado, pode parecer um "bom negócio" para o acusado confessar falsamente a culpa em troca de se livrar do risco iminente da decretação de prisão preventiva, da estigmatização e da publicização midiática, bem como da enorme incerteza sobre os critérios que serão utilizados em seu julgamento. Com isso, não se trata de dizer que os investigados não possuem capacidade decisória, mas apenas que essa capacidade pode ser influenciada de forma indevida por circunstâncias do sistema jurídico vigente. Inexistindo soluções práticas para os problemas apontados, pode-se questionar a voluntariedade no acordo de não persecução penal e, portanto, também a sua legitimidade.

---

42. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; PEDRON, Flávio Quinaud; SILVA, Diogo Bacha e; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. *Presunção de Inocência*: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal. Fevereiro de 2016. Disponível em: [www.academia.edu]. Acesso em: 22.04.2016.
43. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 107733 MG, Relator: Min. Luiz Fux, j. 04.04.2011, *DJe*-068 11.04.2011.
44. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 82.
45. ANITUA, Gabriel Ignacio. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense en las reformas procesales iberoamericanas. *Revista General de Derecho Procesal*, n. 6, mar. 2005. p. 21.

6. Impossibilidade de realização do acordo na fase investigativa

Além da involuntariedade que pode existir no acordo de não persecução penal aplicado ao ordenamento jurídico brasileiro, deve-se discutir se realmente é possível realizá-lo na fase investigativa, no âmbito do inquérito policial. O principal ponto que motiva essa discussão é que há entendimento jurisprudencial[46] e doutrinário[47] no sentido de que não se podem discutir nulidades e ilegalidades na fase de inquérito policial, impedindo o exercício da ampla defesa e do contraditório. Qualquer questionamento judicial sobre nulidades ou ilegalidades é feito de forma externa aos autos do inquérito, por meio de vias como *habeas corpus*, por exemplo[48], que ainda assim não consegue suprir a possibilidade de questionamento, por ser considerado uma "via estreita", impedindo o saneamento de diversos atos coatores ilícitos, especialmente aqueles que exijam análise sobre elementos probatórios que estejam no processo originário. [49]

Esse entendimento cria obstáculos reais ao combate das nulidades e ilegalidades que possam ocorrer na fase investigativa, praticamente impossibilitando o investigado de questionar essas arbitrariedades antes da realização do acordo de não persecução penal. Em outras palavras, têm-se a situação em que o Ministério Público poderá dispor de um extenso rol de elementos incriminadores, obtidos de forma a violar garantias fundamentais, sem que o acusado possa questioná-los antes do acordo e sem que exista a segurança jurídica de que esses elementos sejam declarados nulos posteriormente, na hipótese da escolha pela instrução processual.

Nessas circunstâncias, a confissão, ainda que o investigado tenha algum envolvimento no fato considerado crime, pode ser considerada inválida, sendo insuficiente para motivar aplicação de pena, uma vez que foi "adquirida" mediante violação das garantias fundamentais do contraditório, da ampla defesa e

46. STJ. RHC 34322. Relatoria Ministra Maria Thereza de Assis Moura. *DJe* 02.05.2014.

47. LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 136.

48. SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 221.

49. Em geral, a justificativa utilizada para o não cabimento da ordem é referente à suposta "impossibilidade de dilação probatória na estreita via do habeas corpus" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 154956. Segunda Turma. Relator Min. Gilmar Mendes. J. 05.06.2018, publicado em 28.06.2018) Outro exemplo claro é o art. 210 do Regimento do Superior Tribunal de Justiça, para o qual "quando o pedido for manifestamente incabível, ou for manifesta a incompetência do Tribunal para dele tomar conhecimento originariamente, ou for reiteração de outro com os mesmos fundamentos, o relator o indeferirá liminarmente".

do devido processo legal. A impossibilidade é ainda mais clara no art. 18, § 7º, da Resolução 181/2017 do CNMP, para o qual "o acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia". Ou seja, no momento da audiência de custódia há muitas vezes apenas o auto de prisão em flagrante delito, contendo apenas elementos incriminadores que não podem ser considerados provas, e, num prazo de menos de 48 horas, o custodiado, algemado e coagido pela estrutura do sistema de justiça criminal, deverá decidir se realizará ou não o acordo. É certo que, caso decida realizá-lo, a condenação será em tempo recorde e a custo de garantias fundamentais, o que reafirma o contexto em que o Direito Penal se orienta pelas consequências. Na doutrina anglo-americana, é notável a crítica a esse aspecto do acordo, indicando que a ausência de instrução processual pode levar ao aumento na ocorrência de erro judicial.[50]

Por fim, parte da doutrina atual defende acertadamente que se deve buscar o "processo penal acusatório-constitucional, em que o interrogatório é acima de tudo um meio de defesa e, a confissão, apenas mais um elemento na axiologia probatória, que somente pode ser considerado quando compatível e conforme o resto da prova produzida"[51]. Se não há sequer processo penal, pois se trata de fase investigativa, e não houve qualquer produção de provas, impossível que se considere a confissão como suficiente para motivar a aplicação de pena no âmbito de um acordo de não persecução penal, especialmente aquele que é realizado no inquérito policial. Dessa forma, a realização do acordo de não persecução penal na fase investigativa pode ser responsável por violar princípios constitucionais de processo penal, razão pela qual sua aplicação deve ser questionada, caso não sejam feitas alterações sobre essa situação.

7. Degeneração das funções institucionais do Ministério Público

Outro problema estrutural e sistêmico do acordo de não persecução penal é referente à possível degeneração das funções institucionais do Ministério Público, sobretudo após considerarmos como possibilidades a involuntariedade do acordo e os motivos que impossibilitam sua realização da fase investigativa, conforme demonstrado acima. Não obstante, para que seja constada a degeneração das funções institucionais, deve-se primeiro esclarecer quais seriam essas funções e quais são suas origens no ordenamento jurídico.

50. LEVENSON, Laurie. Peeking behind the plea bargaining process: Missouri v. Frye & Lafler v. Cooper. *Loyola Law Review*, v. 46, n. 2, 2013. p. 470-472.

51. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 374.

De acordo com os artigos 127 e 129 da Constituição da República, as funções do Ministério Público no âmbito penal são: *custos legis*, fiscalizando a aplicação idônea das leis[52]; acusatória, pelo exercício da ação penal em face do acusado[53]. Embora esteja determinada pela Constituição Federal, a função de fiscalizador da aplicação da lei é exercida de forma reduzida, prevalecendo seu posicionamento como titular da ação penal, de forma parcial e buscando sempre a confirmação da hipótese acusatória[54]. Dessa forma, pode-se concluir que a função precípua do Ministério Público no âmbito penal é a acusatória.

Contudo, nos acordos de não persecução penal, parece ser atribuída outra função institucional ao Ministério Público. No caso do art. 18 da Resolução 181/2017 do CNMP, por exemplo, o promotor é quem analisa os seguintes aspectos: se deve haver o arquivamento do inquérito; se houve violência ou grave ameaça contra a pessoa; se o acordo é suficiente para reprovar e gerar prevenção do crime; se o investigado cumprirá todas as condições do acordo; por incrível que pareça, se incidem causas de aumento ou diminuição de pena na pena mínima que serve como parâmetro para a realização (ou não) do acordo.

Além disso, a resolução prevê condições demasiadamente amplas para a realização do acordo de não persecução penal, todas elas verificadas e administradas exclusivamente pelo Ministério Público, quais sejam: renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração

52. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 45.

53. COUTINHO, Jacinto. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, n. 183, jul.-set. 2009. p. 114.

54. CASARA, Rubens R.R. *Processo penal do espetáculo*: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 168.

penal supostamente praticada. A última condição constitui grave violação ao princípio da legalidade, visto que, de forma extremamente genérica, permite ao Ministério Público aplicar, discricionariamente, o tipo de condição que lhe convier ao acusado, sem a previsão de qualquer critério legal para limitar essa condição. Sobre essa tendência de degeneração das funções institucionais, as palavras de Aury Lopes Jr. são muito precisas:

> "A *negotiation* viola desde logo o pressuposto fundamental da jurisdição, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida à sua discricionariedade. Isso significa uma inequívoca incursão do Ministério Público em uma área que deveria ser dominada pelo tribunal, que erroneamente se limita a homologar o resultado do acordo entre o acusado e o promotor. Não sem razão, afirma-se que o promotor é o juiz às portas do tribunal."[55]

Uma análise aprofundada sobre cada um desses tópicos não é necessária para que se conclua que essas são funções e elementos de análise que cabem apenas ao magistrado realizar[56]. Não pode o Ministério Público decidir e administrar os aspectos descritos, em qualquer momento da jurisdição criminal, pois permitir que exista essa possibilidade seria usurpar a função judicial do magistrado, o que é absolutamente inviável[57]. Deve-se buscar a efetiva separação das funções estatais que são desempenhadas pelo Ministério Público e pelos magistrados na justiça criminal, separação sem a qual a aplicação das garantias fundamentais estará severamente prejudicada[58]. Portanto, os dispositivos sobre o acordo de não persecução penal, da forma que foram redigidos, podem representar violação à Constituição Federal, por determinarem a assunção, pelo Ministério Público, de funções exclusivas dos magistrados.

55. LOPES JR., Aury. Prefácio. In: VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial*: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015. p. 13.
56. PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 109.
57. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 260 e 261.
58. CASARA, Rubens R.R. *Processo penal do espetáculo*: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 172.

8. Confissão isolada como fundamento da culpabilidade?

Em nosso ordenamento jurídico, o princípio constitucional da culpabilidade possui três principais significados, quais sejam como fundamento da pena, como elemento da dosimetria da pena e como impedimento à responsabilidade penal objetiva[59]. Como fundamento da pena, que é a perspectiva que mais interessará à presente discussão, a culpabilidade "não é uma qualidade da ação, mas uma característica que se lhe atribuí, para poder ser imputada a alguém como seu autor e fazê-lo responder por ela" [60]. Nesses termos, todos esses elementos devem ser provados durante o trâmite do processo penal, de forma que a caracterização da culpabilidade depende da demonstração jurisdicional de sua existência.

Nesse sentido, para que seja provada a culpabilidade de qualquer indivíduo, deve-se a atividade jurisdicional decisória deve estar estritamente vinculada às provas contidas nos autos após a instrução processual. Conforme ensinam doutrina[61] e jurisprudência[62], não se pode motivar a comprovação da culpabilidade apenas com base em elementos informativos coletados no inquérito policial, em respeito ao contraditório e à ampla defesa. Inclusive, um dos fundamentos do princípio da obrigatoriedade da ação penal é a própria necessidade probatória, pois não se pode atribuir ao Ministério Público possibilidades extraordinárias de decidir se poderá ou não ser promovida a ação penal[63].

É por esse motivo que Ferrajoli, na teoria do garantismo penal, redige um dos axiomas garantistas como *nulla culpa sine judicio*, o que significa que não há culpabilidade sem atividade jurisdicional. O autor divide ainda entre o sentido lato e o sentido estrito desse axioma, indicando que este é o respeito jurisdicional às garantias penais ou substanciais, como o princípio da culpabilidade, enquanto aquele é o respeito jurisdicional às garantias processuais, como contraditório e ampla defesa[64]. Com base no que foi debatido até o momento nesse artigo, vê-se

59. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 16. ed. São Paulo, Saraiva: 2015. p. 64.

60. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social. Sevilla*. Fundación Universitaria de Jerez, 1985. p. 63.

61. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010. p. 64.

62. STF. Questão de Ordem na AP 935/MT. Relator Ministro Celso de Mello. *DJe* 06.06.2017.

63. MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. p. 310.

64. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica, et. al. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 432.

a hipótese muito razoável de que, no acordo de não persecução penal, ambos os sentidos deste axioma podem ser violados. Nas palavras acertadas de Vinicius Vasconcelos:

> "Logo, rebate-se a justiça negocial, pois o processo penal necessariamente deve se consolidar como instrumento de limitação do poder punitivo estatal, percebido como um caminho necessário para se legitimar (na medida em que isso for possível) a imposição de uma sanção penal, ainda que o réu tenha sido preso em flagrante ou confessado integralmente o cometimento dos fatos delituosos; ou seja, um 'defraudador de expectativas'. O direito ao processo e ao julgamento são opções democráticas fundamentais, inerentes ao Estado Democrático de Direito, visto que a culpabilidade de um acusado somente pode ser afirmada após o transcorrer completo do procedimento, com o respeito às regras do devido processo penal, e o exaurimento da pretensão acusatória, devidamente comprovada por meio de lastro probatório produzido licitamente e sob o crivo do contraditório. Desse modo, a punição estatal depende inevitavelmente da comprovação da culpabilidade por meio de provas produzidas pelo acusador suficientes ao rompimento da presunção de inocência, em atenção aos princípios da necessidade e da jurisdicionalidade; ou seja, a imposição de uma sanção penal pelo Estado depende indissociavelmente do processo (nulla poena sine iudicio). Consolida-se, assim, a instrumentalidade do processo como limitação/legitimação do poder punitivo estatal, configurando-se ferramenta de proteção aos direitos fundamentais do imputado."[65]

Ademais, vale ressaltar que, nos termos dos itens anteriores, no acordo de não persecução penal que é realizado na fase investigativa, têm-se que o fundamento da aplicação da pena é uma confissão, isolada de qualquer prova, realizada de forma involuntária, mediante uma série de coações ilícitas e sem a possibilidade de exercício do contraditório e da ampla defesa, conforme descrito nos itens anteriores. Realizada nessas circunstâncias, a confissão não pode ser fundamento idôneo para a aplicação da pena, visto que não basta unicamente a declaração confessional do acusado para fundamentar a condenação nem mesmo quando ela é realizada no âmbito da instrução processual[66]. Admitir que esse tipo de confissão pudesse fundamentar a aplicação da pena seria retornar ao mais primitivo

65. VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial*: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015. p. 219-220.

66. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 374.

modelo de sistema inquisitivo no âmbito penal, em que se coagia à confissão para ter como resultado a aplicação da pena. [67]

9. Conclusão

Os dispositivos que versam sobre o acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro foram importados do direito anglo-americano com problemas estruturais e sistêmicos que podem dar origem à violação direta de princípios constitucionais como contraditório, ampla defesa, devido processo legal, legalidade e culpabilidade. A violação dos referidos princípios demonstra um contexto de orientação do Direito Penal pelas consequências, representado pela busca da aplicação da pena com a maior brevidade possível.

Com base nas questões debatidas ao longo deste artigo, pode-se concluir que o acordo de não persecução penal, da forma como está sendo proposto atualmente, pode apresentar certos tipos de contradições com garantias fundamentais e, portanto, sua legitimidade pode ser questionada no ordenamento jurídico brasileiro. Afinal, conforme descrito acima, não se pode fundamentar a culpabilidade na aplicação de pena exclusivamente em uma confissão que é negociada na fase investigava, isolada de qualquer elemento probatório, realizada de forma involuntária, mediante uma série de coações ilícitas e sem o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Além disso, ressalta-se que os dispositivos que tratam do acordo, sobretudo na Resolução 181/2017 do CNMP e o PL 882/19, incorrem na possibilidade de fundamentar a degeneração das funções institucionais do Ministério Público. Essa degeneração decorre do fato de que as propostas atribuem ao Ministério Público funções que são exclusivamente dos magistrados, o que constitui grave violação à divisão institucional do judiciário no Estado de Direito.

Dessa forma, pode-se reiterar a hipótese de que a aplicação do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro somente poderá ter plena validade caso seus problemas estruturais e sistêmicos sejam solucionados. Vale dizer, pode-se considerar sua aplicação viável talvez num contexto em que: a prisão preventiva seja, de fato, medida excepcional; não exista execração midiática de suspeitos; seja reduzida ao mínimo a insegurança jurídica; exista a

67. COUTINHO, Jacinto. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, n. 183, jul.-set. 2009. p. 105.

possibilidade de se questionar nulidades antes do acordo; sejam limitadas as funções do Ministério Público no acordo; existam outros elementos probatórios, que não apenas a confissão do investigado materializada no acordo, para fundamentar a culpabilidade.

Caso tais problemas não sejam solucionados, admitir a aplicação do acordo de não persecução penal seria legitimar a ideia de que as consequências do crime podem justificar a violação dos critérios constitucionais de determinação dos procedimentos penais e orientar toda a estrutura jurisdicional existente, levando às últimas consequências o que já tem se caracterizado como o Direito Penal das consequências. Por certo, essa ideia pode ser considerada incompatível com as garantias fundamentais descritas no texto constitucional, razão pela qual sua aplicabilidade deve ser duramente questionada.

Referências bibliográficas

ALSCHULER, Albert. Implementing the criminal defendant's right to trial: alternatives to the plea bargaining system. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 50, n. 3, p. 931-1050, jun. 1983.

ALVES, Raquel; TREVOR, Valentina. *Encabeçada por Moraes, proposta contra crime organizado divide especialistas*. Disponível em: [www.jota.info/legislativo]. Acesso em: 15.05.2018.

ANITUA, Gabriel Ignacio. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense en las reformas procesales iberoamericanas. *Revista General de Derecho Procesal*, n. 6, mar. 2005.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, "Revista Especial", 8º Seminário Internacional, São Paulo, n. 42, 2003.

BERGER, Moise. The case against plea bargaining. *American Bar Association Journal*, v. 62, n. 5, 1976.

BIBAS, Stephanos. Plea bargaining outside the shadow of trial. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 8, jun. 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*: parte geral. 16. ed. São Paulo, Saraiva: 2015.

BRUNONI, Nivaldo. Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade. *Revista de Doutrina TRF4*. Disponível em: [www.revistadoutrina.trf4.jus.br]. Acesso em: 15.05.2018.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal: art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. (Org.). *Acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, 2017.

CARVALHO, Luiz Maklouf. Suicídio de reitor põe PF sob suspeita. *O Estado de S. Paulo*, Florianópolis, 03.12.2017. Disponível em: [http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,suicidio-de-reitor-poe-pf-sob-suspeita,70002105813]. Acesso em: 05.05.2018.

CASARA, Rubens. *Processo penal do espetáculo*: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CASARA, Rubens. *Estado pós-democrático:* neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; PEDRON, Flávio Quinaud; SILVA, Diogo Bacha e; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. *Presunção de inocência:* uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal. Fevereiro de 2016. Disponível em: [www.academia.edu]. Acesso em: 22.04.2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Levantamento dos presos provisórios do país e plano de ação dos tribunais*. Disponível em: [www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais]. Acesso em: 05.05.2018.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Resolução n. 181, de 07 de agosto de 2017. Diário Eletrônico do CNMP, Caderno Processual, Brasília, edição de 08.09.2017. Disponível em: [www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/5277]. Acesso em: 15.04.2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Manifesto contra os juizados especiais criminais (uma leitura de certa "efetivação" constitucional). In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Constitucionalizando direitos*: 15 anos da constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, n. 183, jul.-set. 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Plea bargaining* no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado. *Boletim do IBCCrim*, ano 27, n. 317, 2019.

DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa A. The innocent defendant's dilemma: an innovative empirical study of plea bargaining's innocence problem. *Journal of criminal law and criminology*, v. 103, n. 1, 2013.

DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. Acordos de não persecução e de aplicação imediata de pena: o *plea bargain* brasileiro. *Boletim do IBCCrim*, ano 27, n. 317, 2019.

ESPADALER, Enric. Límites materiales al legislador penal en un espacio de pluralismo constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 103, p. 305-332, jan.-abr. 2015.

ESTELLITA, Heloísa. A flexibilização da legalidade no Supremo Tribunal Federal: o caso da execução da condenação sujeita a apelos extremos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 2, 2018.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo e jurisdição. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. *Direito penal como crítica da pena*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

HASSAN CHOUKR, Fauzi. *Código de Processo Penal*: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 8. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno sistema penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen, São Paulo, n. 18, p. 144-157, fev.-mar. 2003.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal.* Trad. 2. ed., rev. e atual. por Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Sergio Antonio Fabris Editor.

LANGBERN, John. Torture and plea bargaining. *The University of Chicago law review*, v. 46, n. 3, 1978.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LEVENSON, Laurie. Peeking behind the plea bargaining process: Missouri v. Frye & Lafler v. Cooper. *Loyola Law Review*, v. 46, n. 2, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. Prefácio. In: VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial*: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal.* Campinas: Bookseller, 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*. Sevilla: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório:* a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RAKOFF, Jed S. Why innocent people plead guilty. *The New York Review of Books*, New York, v. 61, n. 18, nov. 2014.

RIOS, Rodrigo Sánchez; MACHADO, Allian. Tipicidade e inversão do ônus da prova na lavagem de dinheiro: entre a teoria e a prática da nova política criminal de perseguição de ativos ilícitos. *Revista Jota*, abr. 2018. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/tipicidade-e-inversao-do-onus-da-prova-na-lavagem-de-dinheiro-27042018]. Acesso em: 05.05.2015.

SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 221.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SCHULHOFER, Stephen J. Plea bargaining as disaster. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 101, n. 8, p. 1979-2009, jun., 1992.

SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo? Trad. Silvina Bacigalupo. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 67, p. 213-244, jul.-dez. 2015.

SOBRANE, Sérgio Turra. *Transação penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. (Org.). *Acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, 2017.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

UNIVERSITY OF MICHIGAN LAW SCHOOL. The national registry of exonerations: exonerations in 2015. Michigan, fev. 2016. Disponível em: [www.law.umich.edu]. Acesso em: 05.05.2018.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial*: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015.

YANT, Martin. *Presumed guilty:* when innocent people are wrongly convicted. Nova York: Prometheus Books, 1991.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- O dever fundamental da persecução da verdade possível ou provável no CPC de 2015, de Sandoval Alves da Silva – *RT* 980/297-327 (DTR\2017\1466); e
- Punição, verdade e prova: perspectiva crítica e transdisciplinar, de Elmir Duclerc Ramalho Junior e Luiz Gabriel Batista Neves – *RBCCrim* 156/141-163 (DTR\2019\31667).

A inconstitucionalidade da criminalização do lenocínio no Brasil

The unconstitutionality of the criminalization of pimping in Brazil

Alessandra Margotti dos Santos Pereira

Doutoranda em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG. Mestra em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG (2016). Bacharel em Direito Pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC Minas (2013). Bolsista Capes.
alemargotti@hotmail.com

Túlio Vianna

Pós-Doutor em Direito pela Università di Bologna (2015). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2006). Professor Adjunto de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-graduação em Direito. Advogado.
prof@tuliovianna.org

Recebido em: 28.02.2018
Aprovado em: 29.04.2019
Última versão dos autores: 10.06.2019

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: O presente artigo tem como objetivo demonstrar a inconstitucionalidade da criminalização do lenocínio no Brasil, a partir de levantamento bibliográfico e análise de dados empíricos já produzidos. Considerando-se que a prostituição é uma ocupação legal reconhecida pelo Estado, acredita-se que sua equiparação a formas de exploração sexual afeta diretamente direitos fundamentais básicos das pessoas envolvidas no comércio sexual, mormente as liberdades sexual e de profissão e a livre-iniciativa. Procurou-se demonstrar que tal criminalização não possui qualquer fundamento constitucional, sendo baseada em aspectos morais, os quais devem ser

Abstract: The present article aims to demonstrate that the criminalization of the pimping activity in Brazil is unconstitutional, based on a bibliographical survey and analysis of empirical data already produced. Considering that prostitution is a legal occupation recognized by the State, it is believed that its assimilation to forms of sexual exploitation directly affects basic fundamental rights of those involved in the sex trade, especially their sexual and occupational freedoms and their right to enterprise. It is intended to demonstrate that such criminalization does not have any constitutional foundation, being sustained only by moral aspects, which should be

afastados do Direito Penal. Tal constatação se mostra especialmente relevante, já que milhares de prostitutas não têm sua profissão reconhecida, mas, ao contrário, marginalizada pelo próprio Estado, que lhes mitiga direitos humanos, sociais, trabalhistas e civis.

Palavras-chave: Prostituição – Lenocínio – Inconstitucionalidade – Legalização – Estado Democrático de Direito.

removed from the Criminal Law. This finding is specially relevant since thousands of prostitutes are not recognized by their profession, but rather marginalized by the State itself, which mitigates their human, social, labor and civil rights.

Keywords: Prostitution – Pimping – Unconstitutionality – Legalization – Democratic State.

Sumário: 1. Introdução. 2. Antecedentes históricos da criminalização no Brasil. 3. Os modelos legais no direito comparado. 4. A controvérsia nos movimentos feministas. 5. Uma criminalização fundada na moral e não em bem jurídico. 6. As inconstitucionalidades em espécie. 7. Considerações finais. Bibliografia.

1. Introdução

Atualmente, no Brasil, a prostituição é reconhecida como ocupação lícita e está elencada na Classificação Brasileira de Ocupações do Ministério do Trabalho e Emprego[1]. Já a atividade empresarial de intermediar as relações sexuais de profissionais do sexo com clientes é considerada crime de lenocínio.

O lenocínio é definido tradicionalmente como a prática delitiva que consiste em movimentar ou se envolver de modos variados com a prostituição "ou outra forma de exploração sexual" ainda que não haja sequer o intuito de lucro[2].

O Código Penal Brasileiro, ao tratar do tema, lamentavelmente não distingue a atividade de *prostituição,* exercida livremente por pessoas maiores e capazes, da *exploração sexual*, exercida por meio de violência ou engano ou imposta a menores e incapazes.

1. 5198-05 – Profissional do sexo. Garota de programa, Garoto de programa, Meretriz, Messalina, Michê, Mulher da vida, Prostituta, Trabalhador do sexo. Descrição Sumária: Buscam programas sexuais; atendem e acompanham clientes; participam em ações educativas no campo da sexualidade. As atividades são exercidas seguindo normas e procedimentos que minimizam a vulnerabilidades da profissão (Disponível em: [www.mtecbo.gov.br/cbosite/pages/pesquisas/BuscaPorTituloResultado.jsf]. Acesso em: 14.01.2018).
2. Capítulo V, Título IV, do Código Penal Brasileiro – "Do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual". Artigos 227 a 230. Artigos 231 e 231-A foram revogados pela Lei 13.344/2016, que incluiu o artigo 149-A, dispondo sobre o tráfico de pessoas para diversos fins, inclusive, exploração sexual.

Ao dar tratamento jurídico idêntico a situações completamente diferentes, dificulta o combate rigoroso das gravíssimas condutas criminosas de exploração sexual e, ao mesmo tempo, segrega profissionais do sexo, majoritariamente do sexo feminino[3]. Ao criminalizar o lenocínio, indiretamente, a lei obriga prostitutas a trabalharem sozinhas e nas ruas, ameaçadas não só pela violência e descaso públicos, como também pela perda de diversos direitos constitucionais, civis e trabalhistas.[4]

O artigo 5º, XIII, da Constituição brasileira consagra o princípio constitucional da liberdade de trabalho ao estabelecer que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

Lado outro, um dos fundamentos constitucionais da República Federativa do Brasil é a livre iniciativa, garantida já no artigo 1º, IV, da Constituição da República e reafirmada mais a frente, no parágrafo único do artigo 170 do texto constitucional, que determina que: "é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".

Finalmente, a mesma Constituição da República garante em seu art. 5º, VIII, que "ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de

3. COELHO, Sonia; FARIA, Nalu; MORENO, Tica. *Prostituição:* uma abordagem feminista. Fundação Heinrich Böll. 2013. p. 4-5; FARIA, Márcio Gustavo Senra. *A prostituição no Brasil no século XXI:* razões para sua regulamentação. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Orientador: Prof. Dr. Daniel Antônio de Moraes Sarmento. 2013. p. 119 e 270; TAMPEP VIII. *Sex work, migration and health* – A report in the Intersections of legislations and policies regarding sex work, migration and health in europe. Amsterdan: TAMPEP International Foundation, 2009. Disponível em: [www.tampep.eu]. p. 85. Acesso em: 17.01.2018; MUNK, Veronica. Em breve uma Europa livre de prostituição?. In: SIMÕES, Soraia Silveira; SILVA, Hélio R. S., MORAES, Aparecida Fonseca (Org.). *Prostituição e outras formas de amor*. Rio de Janeiro: Editora da UFF. 2014. p. 62; DORÉ, Louis. *Major study reveals common misconceptions about sex workers*. Indy100. 2016. Disponível em: [www.indy100.com/article/ major-study-reveals-common-isconceptions-about-sex- workers--ZJZ73pzIvg]. Acesso em: 17.01.2018.

4. Importante ressaltar que se opta aqui por utilizar a expressão prostitutas para referenciar a profissionais do sexo, a despeito de ser um debate abrangente, que beneficia também trabalhadores sexuais homens. Porém, leva-se em consideração, como já mencionado, ser uma atividade majoritariamente exercida por mulheres, cis e trans, e por serem elas as mais afetadas pelas mazelas que acometem a profissão.

convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa fixada em lei".

Com base nesses três princípios constitucionais, é forçoso reconhecer que: 1) uma pessoa maior e capaz é livre para escolher sua profissão, desde que respeite a lei; 2) uma pessoa maior e capaz é livre para comercializar bens e serviços que atendam às demandas da população, desde que respeite a lei; e o mais importante: 3) a lei não pode restringir os direitos 1 e 2 por motivos exclusivamente religiosos ou morais.

No presente artigo será demonstrado que: 1) uma pessoa maior e capaz deve ser livre para se prostituir e ganhar a vida com esta profissão; 2) deve ser livre para empreender, contratando profissionais do sexo maiores e capazes para prestarem serviços sexuais a clientes maiores e capazes; 3) a lei penal brasileira criminaliza indevidamente a liberdade constitucional 2, impedindo diretamente o livre exercício da liberdade 1 por motivos de ordem exclusivamente moral, devendo, portanto, ser declarada inconstitucional.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA CRIMINALIZAÇÃO NO BRASIL

As Ordenações Filipinas, publicadas em 1603, foram as primeiras leis que vigeram inteiramente no país após a chegada dos portugueses com toda sua estrutura cristã católica pré-reforma[5]. À época, direito e moral eram completamente interligados; Batista Pereira já ressaltava, em 1932, que o Direito Penal era, desde os primórdios, "um misto de despotismo e de beatice, uma legislação híbrida e feroz, inspirada em falsas ideias religiosas e políticas, que, invadindo as fronteiras da jurisdição divina, confundia crime com o pecado [...]".[6]

As ordenações previam punição para uma conduta que atualmente se aproxima do estupro: aquele que "dormisse" com qualquer mulher, contra sua vontade, seria condenado à pena de morte. A lei, porém, ressaltava que, se a mulher fosse prostituta ou escrava, o agressor só morreria se o Estado permitisse, em um nítido julgamento moral da vida sexual da prostituta, equiparada

5. ALMEIDA, Fernando Henrique Mendes de. *Ordenações Filipinas*. Ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandato d'el Rei D. Filipe, o Primeiro. São Paulo: Saraiva, 1957. p. 14; SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. p. 298; VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal*. Parte geral. Belo Horizonte: Del Rey. 1997. p. 53.

6. PEREIRA, Batista. Apud PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil*: evolução histórica. São Paulo: Jalovi. 1980. p. 6-7.

para estes efeitos a uma escrava[7]. Já havia, à época, previsão criminal para a figura do rufião[8], sumindo no código seguinte, que nada estabeleceu sobre lenocínio.

O Código Criminal do Império do Brasil, sancionado em 1830, em sua tipificação também referente à conduta de estupro, previa pena de três a 12 anos se a vítima fosse mulher "honesta", e de um mês a dois anos se fosse prostituta ou escrava. A pena máxima do estupro de prostituta era inferior à pena mínima do crime praticado contra mulher honesta, mantendo-se a diferenciação da tutela penal, em função de um julgamento moral das vítimas.[9]

Já o diploma seguinte, o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, cuja vigência iniciou em 1890 influenciada pela Proclamação da República, apresentou a origem da figura do lenocínio, já bem próxima da atual. Expressões como "desejos desonestos" e "abusando da fraqueza ou miséria" de mulheres, claramente denotavam o sexo casual como reprovável e a mulher prostituta como vítima, fraca, miserável, além de muito diferente e distante da mulher "honesta".[10]

Finalmente, veio o Código Penal Brasileiro de 1940, que vige atualmente e, apesar de algumas reformas consideráveis, especialmente a da Lei 12.015/2009,

7. Título XVIII – Do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava della, ou a leva per sua vontade. Todo homem, de qualquer stado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher, postoque ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja scrava, morra por ello. Porém, quando for com mulher, que ganhe dinheiro per seu corpo, ou com scrava, não se fará execução, até nol-o fazerem saber, e per nosso mandado. E essa mesma pena haverá qualquer pessoa, que para à dita força dérajuda, favor ou conselho (*Livro Quinto das Ordenações Filipinas*. In: PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 29. Ordenações Filipinas. Disponível em: [www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1184.htm]. Acesso em: 18.01.2018.

8. *Dos ruffiães e mulheres solteiras*

   Defendemos que nenhuma pesssoa tenha manceba teúba em mancebia, de que receba bemfazer ou ella delle. E o que o contrario fizer, assi elle, como ella, sejão açoutadas publicamente pelo lugar, em que isto fôr; e elle será degradado para Africa, e ella para o Couto de Castro-Marim até nossa mercê, e mais cada hum delles pague mil réis, para quem os accusar (PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 40).

9. *Art. 222.* Ter cópula carnal por meio de violência ou ameaças, com qualquer mulher honesta. Penas – de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida. [...] Se a violentada for prostituta. Penas – de prisão por um mez a dous annos (Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38059-16-dezembro-1830-565840-publicacaooriginal-89575-pl.html]. Acesso em: 19.01.2018).

10. Conferir artigos 277 e 278 em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html]. Acesso em: 18.01.2018.

mantém arraigados elementos próprios de julgamentos morais, entre os quais os crimes relacionados ao lenocínio, como será visto adiante.[11]

Nos últimos anos têm tramitado no Congresso Nacional diversos projetos versando sobre prostituição, direta ou indiretamente[12]. Entre eles, dois têm se destacado por sua repercussão popular. O primeiro, o PL 377/2011, proposto pelo Deputado Federal João Campos[13], do PRB/GO, visa criminalizar não só as pessoas que praticam lenocínio, como também os clientes que contratam a atividade sexual. E o segundo, em extremo oposto, o PL 4.211/2012, apresentado pelo Deputado Jean Wyllys[14], do PSOL/RJ, pretende, em termos gerais, rever a lei penal para definir o que é exploração sexual, no intuito de impedir sua confusão com a prostituição livre e consentida e, posteriormente, regulamentar a atividade[15]. Ambos os projetos se encontram estagnados.[16]

Esses projetos são fundamentalmente divergentes devido às perspectivas de tratamento da prostituição adotadas, quais sejam, neoabolicionista e laboral, respectivamente. Na atualidade, são cinco as formas legais de atuação estatal diante da atividade sexual remunerada. A seguir, cada uma delas serão analisadas.

3. Os modelos legais no direito comparado

Antes de se adentrar nos problemas de fato que a criminalização do lenocínio apresenta, tão graves que a torna inconstitucional, imperioso apresentar os

11. Para mais informações, conferir: MARGOTTI, Alessandra. Criminalização das casas de prostituição e demais atividades de lenocínio: a herança moralista da legislação penal brasileira. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 66, jul.-set. 2017. p. 139-177.
12. Disponível em: [www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/?wicket:interface=:1:3]. Acesso em: 19.01.2018.
13. Projeto e tramitação disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?id Proposicao=491833]. Acesso em: 19.01.2018.
14. Projeto e tramitação disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?id Proposicao=551899]. Acesso em: 19.01.2018.
15. Esse projeto foi elaborado em parceria com a puta ativista Gabriela Leite (forma como pedia para ser referenciada) e com a Rede Brasileira de Prostitutas, primeiro coletivo de prostitutas organizadas no intuito de lutar pelo reconhecimento da classe e garantia de direitos.
16. Para mais informações sobre os projetos de lei referentes ao tema, conferir: ROMFELD, Victor Sugamosto. Criminalizar, abolir ou legalizar? Explorando as possibilidades de enquadramento jurídico da prostituição no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, *RBCCrim*, São Paulo, v. 25, n. 138, dez. 2017. p. 305-340.

modelos legais mundialmente utilizados para lidar com a prostituição e o lenocínio, bem como de maneira não exaustiva, os principais pontos dos debates feministas a respeito do tema.

Cada país lida com o comércio sexual à sua maneira, tanto no aspecto legal quanto no político, de acordo com a forma como o vê. São três os modelos legais originais que tratam do tema, nomeadamente, o proibicionista, o abolicionista e o regulamentarista, tendo os dois últimos dado origem a novas vertentes, o neoabolicionista e o laboral, respectivamente.

O modelo proibicionista, como indica o nome, visa proibir o comércio sexual, punindo todas as pessoas envolvidas: a prostituta, o cliente e todas as pessoas ao redor que lucram com a prostituição alheia ou a facilitam de alguma forma. Considera a prostituição uma expressão máxima da imoralidade e da violência contra a mulher que, nesse caso, não é vista como vítima, mas também como criminosa. É uma perspectiva política reacionária e feminista ultrapuritana, que visa exterminar a atividade comercial sexual, em todas as suas formas[17].

Atualmente, países como Estados Unidos[18], China, Coreias do Sul e do Norte, Tailândia, Egito, África do Sul, entre outros, adotam-no[19].

O modelo abolicionista, por sua vez, é assim denominado por pretender abolir a prostituição das sociedades contemporâneas. Concebe a prostituta como vítima do comércio sexual, que é sustentado por uma sociedade machista e patriarcal; a prostituição é presumida como sendo sempre uma violência sexual contra a mulher, independentemente de seu consentimento com a atividade. Por conta disso, defende a criminalização do lenocínio, das atividades que permeiam a prostituição, mas não da prostituta que, nesse modelo, é presumida como vítima, ainda que ela mesma não se considere assim. Na versão original desse

17. RIBEIRO, Fernando Bessa. Proibições, abolições e a imaginação de políticas inclusivas para o trabalho sexual. *Bagoas – Estudos Gays: gêneros e sexualidades*, n. 2. 2008. p. 20-25; ROMFELD, Victor Sugamosto. Os discursos sexistas e criminológicos nos sistemas de enquadramento jurídico da prostituição feminina. *Revista Jurídica Themis*, v. 1, 2013. p. 231-332; VILLAMIL, Antonio; SMITH, Stacie Reimer. Prostitution and sex work. *The Georgetown Journal of Gender and the Law*, v. 13, 2012. p. 337-340; WIJERS, Marjan. *Criminal, victim, social evil or working girl:* legal approaches to prostitution and their impact on sex workers. Presentation Seminario Internacional sobre Prostitución. Madrid 21-23 junio 2001, Instituto de la Mujer, UNED. 2004. p. 1-2.

18. Com exceção de algumas regiões do Estado de Nevada.

19. PROCON.org. Explore Pros & Cons of Controversial Issues. *100 Countries and Their Prostitution Policies*. 2009. Disponível em: [http:// prostitution.procon.org/view. resource.php?resourceID=000772]. Acesso em: 20.01.2018.

modelo, o cliente também não é criminalizado, havendo em relação a ele uma mera reprovação moral[20].

Já no modelo neoabolicionista, surgido mais recentemente, pugna-se pela criminalização dos clientes, além de rufiões/cafetões e demais pessoas envolvidas, sob o argumento de que devem ser eles os primordialmente punidos, por serem os verdadeiros movimentadores dessa violência a que as prostitutas, na visão deles, estão submetidas. As prostitutas não são criminalizadas, podendo, supostamente, trabalhar de modo autônomo[21]. Na prática, esse modelo mais se aproxima do proibicionista, pois, indireta e sorrateiramente, visa impedir que a prostituição ocorra, posto que, claramente, sem demanda, a oferta restará prejudicada.

Tanto o neoabolicionismo quanto o abolicionismo pretendem proteger a prostituta, que, sob essas perspectivas, não possuiria capacidade de perceber a violência que a acomete e reconhecer a própria opressão a que estaria submetida. Uma visão paternalista do Estado que impõe um papel de vítima a quem não se considera como tal.

O Brasil adota o modelo abolicionista, assim como Argentina, Chile, Itália, Reino Unido, Irlanda, Hungria, Dinamarca e outros. Já o modelo neoabolicionista, muito mais novo, é adotado na Suécia, onde surgiu, em 1999, e em outros países, como Canadá, Noruega, Índia, Islândia e, recentemente, na França[22].

O modelo regulamentarista, por outro lado, não criminaliza ninguém relacionado ao comércio sexual, mas também não reconhece a atividade como profissional. Enxerga a prostituição como um mal moralmente reprovável, mas que

---

20. BARRETO, Letícia Cardoso. *Prostituição, gênero e sexualidade*: hierarquias sociais e enfrentamentos no contexto de Belo Horizonte. Dissertação apresentada à banca examinadora do Mestrado em Psicologia da Universidade Federal de Minas Gerais. Orientação: Prof. Dr. Marco Aurélio Máximo Prado. 2008. p. 50. RIBEIRO, Fernando Bessa. Op. cit., p. 20-25; ROMFELD, Victor Sugamosto. Op. cit., p. 233-335; WIJERS, Marjan. Op. cit., p. 2-4.

21. CHUANG, Janie A. Rescuing trafficking from ideological capture: prostitution reform and anti-trafficking law and policy. *University of Pennsylvania Law Review*, 158 U. Rev. 1655 (2009-2010). p. 1665; CORRÊA, Sônia. Prostituição, normas e conceitos: a dimensão transnacional. *Análise do contexto da prostituição* – Em relação a direitos humanos, trabalho, cultura e saúde no Brasil. Levantamento nacional e contexto internacional. ABIA – Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS. 2013. p. 29; TAVARES, Manuela. Prostituição: diferentes posicionamentos no movimento feminista. 2010. p. 4. Disponível em: [www.clam.org.br/bibliotecadigital/detalhes.asp?cod_dados=892]. Acesso em: 20.01.2018.

22. PROCON.org. Op. cit. Acesso em: 20.01.2018.

não pode ser erradicado da sociedade. Em razão disso, defende que deva ser controlada e limitada, para que não prejudique ou incomode a coletividade. Trata a prostituição apenas como uma atividade moralmente repreensível, mas não legalmente condenável, e não sustenta sua eliminação por vê-la como "necessária" e inerente a qualquer sociedade. Defende a criação de políticas sanitárias e de controle da prostituição.[23]

Por fim, o modelo que pode ser considerado uma evolução do regulamentarista, o laboral. Também conhecido como descriminalizador, prevê a total retirada da atividade da prostituição e do lenocínio do âmbito penal, não criminalizando nenhuma atividade relacionada[24], e a sua regulamentação no âmbito trabalhista e empresarial. Propõe o reconhecimento e formalização da atividade enquanto profissão, de modo a garantir não só direitos trabalhistas e previdenciários como também sociais, humanos e civis, que ainda são muito negados à categoria[25].

Países como Alemanha e Holanda adotam esse modelo[26], embora ainda apresentem algumas políticas e leis que mais se assemelham ao viés regulamentarista[27]. Além disso, há países que aplicam em parte esse modelo, reconhecendo algumas formas de lenocínio, mas criminalizando outras (como regulamentar casas de prostituição, mas proibir rufianismo), a exemplo do Equador, Venezuela, Grécia, Nova Zelândia e Austrália[28].

O modelo laboral, como será visto, é o único modelo compatível com os princípios constitucionais da liberdade de trabalho e da livre-iniciativa. Os demais modelos (proibicionista, abolicionista, neoabolicionista e regulamentarista)

23. BARRETO, Letícia Cardoso. Op. cit., p. 48; PISCITELLI, Adriana. *Exploração sexual, trabalho sexual:* noções e limites. Seminário Corpos, sexualidades e feminilidades, UERJ, Rio de Janeiro, setembro de 2012. p. 5-8; WIJERS, Marjan. Op. cit., p. 4.
24. Exceto se envolver violência, fraude ou pessoas menores e incapazes, o que deixaria de ser considerada a atividade profissional de prostituição e passaria a ser exploração sexual.
25. BRUCKERT, Chris; HANNEM, Stacey. Rethinking the prostitution debates: transcending structural stigma in systemic responses to sex work. *Canadian Journal of Law & Society*, 28 Can. J.L. & Soc. 43, 2013. p. 55; PISCITELLI, Adriana. Op. cit., p. 5-8; WIJERS, Marjan. Op. cit., p. 5.
26. PROCON.org. Op. cit. Acesso em: 20.01.2018.
27. KAVEMANN, Barbara; RABE, Heike. *The act regulating the legal situation of prostitutes* – Implementation, impact, current developments. Sozialwissenschaftliches FrauenForschungsInstitut e.V. an der Evangelischen Fachhochschule Freiburg, Berliner Büro. Berlin, September 2007. p. 3-4.
28. PROCON.org. Op. cit. Acesso em: 20.01.2018.

dedicam-se, cada um à sua maneira e por meio de mecanismos vários, tão somente a reprimir ou marginalizar a prostituição, por condená-la moralmente ao considerá-la uma forma de violência contra as mulheres.

4. A controvérsia nos movimentos feministas

Nos movimentos feministas há diferentes vieses e abordagens em relação à prostituição. Importante analisá-los, mesmo que de forma sucinta e limitada, na medida em que tencionam mudanças tocantes à vida de milhares de mulheres prostitutas, podendo exercer influências tanto no ambiente jurídico, quanto no de políticas públicas.

Para os fins aqui pretendidos, as perspectivas feministas podem ser divididas em duas frentes dominantes, nomeadas, pelos próprios movimentos, como feminismo radical e feminismo liberal[29]. Pode-se dizer que o primeiro é contra o reconhecimento da prostituição como trabalho, e o segundo, favorável[30].

Essas abordagens estão em extremos opostos[31]. De um lado, o feminismo radical vê a prostituição como manifestação suprema da dominação masculina, do machismo e da sociedade capitalista patriarcal – uma verdadeira forma de garantir acesso livre ao corpo feminino. De outro, o feminismo liberal a vê como expressão máxima da liberdade e autonomia da mulher, que, utilizando seu corpo como ferramenta de trabalho, escolhe a prostituição, a atividade sexual, como profissão[32]. Sob esse ponto de vista, a prostituta nada mais faz que exercer seu direito ao próprio corpo, de autodeterminação sobre ele.[33]

---

29. Essa divisão é suficiente somente para o tema aqui estudado. Sendo os movimentos feministas múltiplos e diversos, encaixá-los dentro de apenas duas perspectivas seria atitude simplista.

30. COELHO, Sonia; FARIA, Nalu; MORENO, Tica. Op. cit., p. 4. Disponível em: [https://br.boell.org/sites/default/files/prostituicao_uma_ abordagem_feminista.pdf]. Acesso em: 21.01.2018; PETHERSON, Gail. Prostituição II. In: HIRATA, Helena; LABORIE, Françoise; DOARÉ, Hélène Le; SENOTIER, Danilèle (Org.). *Dicionário crítico do feminismo*, 2009. p. 205; SOUZA, Fabiana Rodrigues de. *Feminismos e autodeterminação de prostitutas*: diferentes percepções acerca da prestação de serviços Sexuais. Seminário Fazendo Gênero – Desafios atuais dos Feminismos. Florianópolis, 16 a 20.09.2013. p. 2.

31. Em meio aos extremos, há perspectivas, por exemplo, que consideram a prostituição uma forma de violência machista, mas que defendem sua regulamentação, por verem esta como a única solução possível aos problemas atualmente enfrentados pela classe.

32. Obviamente, importante lembrar, tratando-se de prostituição consentida e exercida por pessoas maiores e capazes.

33. OLIVEIRA, Alexandra. Prostituição feminina, feminismos e diversidade de trajetórias. *Ex aequo*, n. 28, 2013. p. 19-20.

Do ponto de vista jurídico, a segunda abordagem feminista é a única compatível com nosso sistema constitucional. Apenas a perspectiva liberal atenta à gama de direitos e liberdades individuais a serem observadas e garantidas em um Estado Democrático de Direito e considera a dignidade da pessoa humana enquanto autonomia, enquanto direito de escolher o que melhor lhe apraz e de estabelecer seu próprio padrão de vida digna.

A abordagem do feminismo radical retira das mulheres a própria liberdade e autonomia que lhes promete defender. Retira-lhes o direito de autodeterminação, entregando-o ao Estado que, de maneira paternalista, intenta protegê-las do "empresário" do comércio sexual. Já considera este obrigatoriamente opressor e aquelas inerentemente vítimas ingênuas[34].

O feminismo radical defende que a prostituição é um mal social, ou que todas as prostitutas são vítimas de um sistema capitalista e machista opressor. Por conta disso, suas escolhas não seriam legítimas, pois viciadas por aspectos externos. É inadmissível que tais pautas sejam orientadas para o âmbito penal. Não pode o aparato punitivo estatal proibir ou mesmo inibir a prostituição (seja por meio do proibicionismo, seja do abolicionismo), por ser essa uma escolha individual cabível apenas à profissional do sexo, enquanto pessoa maior e capaz.

Interpretar a prostituta inerentemente como vítima é inaceitável, pois parte do pressuposto de que a mulher não tem condições de saber de si mesma, de se autogovernar, ainda mais se se considerar o argumento comumente utilizado de que ela não percebe ou não tem consciência da violência e opressão a que está submetida. Essa perspectiva, cujo argumento é paradoxalmente comum em debates feministas, afasta da mulher o poder de ação e de escolha, ainda que estes estejam limitados por fatores externos à sua vontade.

O poder punitivo estatal, quando atuante nesse caso (ou seja, quando aplicados os modelos proibicionista e abolicionista), apenas impede trabalhadoras de exercerem o ofício de maneira segura, relegando-as à obscuridade, ao desemprego e à miséria. Esses modelos, mormente o abolicionista defendido pelo feminismo radical, só marginalizam a atividade profissional, e pior, escondem toda a violência física, moral, psicológica e financeira a que podem ser submetidas tais profissionais, além do próprio tráfico de pessoas e da exploração sexual[35].

34. OLIVEIRA, Alexandra. Op. cit., p. 20.

35. Chegam também a conclusões como esta: BARRETO, Letícia Cardoso. Op. cit.; PISCITELLI, Adriana. Op. cit.; PINTO, Pedro; NOGUEIRA, Conceição; TAVARES, Manuela. Prostitutas e feministas: refazer abordagens, reconciliar caminhos. In: SILVA, Manuel Carlos; RIBEIRO, Fernando Bessa (Org.). *Mulheres da vida, mulheres com vida:*

Por esse motivo, a abordagem do feminismo radical não se mostra adequada, pois antidemocrática e fundamentadora de uma atuação estatal paternalista e violenta, que atinge diretamente a autonomia e diversas liberdades individuais de profissionais do sexo, mormente a liberdade sexual, a de profissão e a livre iniciativa de atividades econômicas[36].

5. Uma criminalização fundada na moral e não em bem jurídico

Os crimes de lenocínio, da maneira como se encontram previstos no Código Penal configuram uma inadmissível invasão do poder punitivo estatal no âmbito privado. O Estado adota um padrão moral de vida que considera devido e digno e escolhe impô-lo em detrimento de outros direitos individuais.

Sob o pretexto de garantir o direito à dignidade sexual e/ou à liberdade sexual, termina restringindo não só esses direitos, mas também outros direitos fundamentais de profissionais do sexo.

A dignidade sexual é um conceito decorrente da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direitos, previstos no artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[37].

A dignidade da pessoa humana é um termo plural e ilusório, devido à sua ambiguidade e plasticidade[38]. Um termo que pode ser considerado de aplicação pe-

prostituição, estado e políticas. Braga, Humus/Universidade do Minho – Centro de Investigação em ciências Sociais, 2010; OLIVEIRA, Alexandra. Op. cit.; WIJERS, Marjan. Op. cit.

36. Para mais reflexões e referências acerca dos movimentos feministas e suas perspectivas sobre a prostituição, remete-se à leitura de MARGOTTI, Alessandra. *Direito à prostituição*, cit., p. 49-84.

37. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

38. BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:* natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010. p. 9.

rigosa, a despeito de sua ampla utilização no mundo jurídico contemporâneo, pois "é um conceito polissêmico, cada vez mais ambíguo, inflacionado e empregado de modo abusivo, frequentemente com forte apelo moral, com ares de argumento irrecusável"[39].

O termo, em razão de sua amplitude, pode facilmente designar qualquer sentido que se lhe queira dar, inclusive, significações morais e religiosas. Essa aplicação dependerá, tão somente, do modo como será interpretado seu conceito: se sob a perspectiva heterônoma (ou perfeccionista), ou sob a perspectiva autônoma (ou política)[40].

A dignidade da pessoa humana vista pelo ângulo heterônomo é entendida como um

> "critério de valorização de condutas intrínsecas e essenciais à vida boa, uma vida digna de ser vivida por toda e qualquer pessoa. Valores externa e hegemonicamente determinados, tão hipervalorizados a ponto de se querer impor a todo indivíduo, obrigando-o a aceitá-los como valores próprios e internos".[41]

Sob esse ponto de vista, o Estado assume uma postura de julgador, ele estabelece o que é considerado vida digna, o que é necessário para que uma pessoa tenha "dignidade", e diligencia para que seu ideal seja aplicado.

Ao contrário, o conceito visto sob o ângulo da autonomia respeita a concepção de vida digna individual, as escolhas singularmente feitas. Nesse aspecto, o conceito é interpretado como direito à autodeterminação, "como o direito de viver segundo seu próprio plano de vida, sua própria noção de vida boa"[42].

---

39. FARIA, Márcio Gustavo Senra. Op. cit., p. 331.
40. Para mais informações a respeito da dignidade da pessoa humana e suas diferentes formas de interpretação, conferir: BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo,* cit.; BARROSO, Luís Roberto. "Here, there and ererywhere": human dignity in contemporary law and in the transnational discourse. *Boston College International and Comparative Law Review*, v. 35, Issue 2, Article 2, 2012. Disponível em: [http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1681&context=iclr]. Acesso em: 19.01.2018; FARIA, Márcio Gustavo Senra. Op. cit.; GRECO, Luís. Casa de prostituição (Art. 229 do CP) e direito penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 92, set. 2011; MARGOTTI, Alessandra. Op. cit.
41. MARGOTTI, Alessandra. *Direito à prostituição*, cit., p. 203.
42. GRECO, Luis. Casa de prostituição, cit., p. 9.

A única interpretação conforme os preceitos democráticos, os quais asseguram liberdade e autonomia individuais, é a autônoma, pela qual o Estado deve permanecer neutro diante das diferentes escolhas e concepções de vida boa. Essa sim deve ser preservada pelo ordenamento jurídico-penal pátrio.

Interpretar o conceito de dignidade sexual de maneira heterônoma serve, tão somente, para salvaguardar padrões morais escolhidos pelo Estado como mais adequados que outros. Ela transmuta a apontada proteção à dignidade sexual na antiga proteção jurídica da moral e dos bons costumes, a valores predeterminados hegemonicamente[43].

Em suma, o conceito de dignidade da pessoa humana e, por consequência, de dignidade sexual, deve transcorrer do ideal individualmente escolhido como vida digna; o Estado deve se atentar para não estabelecer valores e padrões de vida digna e, muito menos, tentar impô-los por meio de seu aparato punitivo, de modo que cada sujeito possa escolher como bem nortear sua vida e escolhas, dignamente. E também, que possa ser livre para escolher como orientar sua vida sexual da maneira que melhor orne com o que individualmente considera digno, definindo como, com quem, por que e em que condições exercer sua sexualidade, das mais variadas formas.

Outro preceito fundamental que merece destaque é a liberdade individual, ligada à dignidade da pessoa humana por um círculo virtuoso. Esse é um direito essencial manifestado de variadas formas, máxime pela liberdade de consciência e de crença e pela liberdade sexual e de profissão, preceitos importantes para o tema aqui estudado.

A liberdade de consciência e de crença foi proclamada com a Constituição Federal de 1988[44], que estabeleceu em seu artigo 5º, inciso VI, a laicidade estatal, em atenção aos preceitos iluministas de separação obrigatória entre moral e direito[45]. "Ao garantir a "liberdade de consciência", a Constituição consagra a

43. CONEGUNDES, Karina Romualdo. A dignidade sexual à luz da teoria do bem jurídico. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. X, n. 1, 2015. p. 179.

44. 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: [...]

    VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...]

45. VIANNA, Túlio. Efetivar o Estado laico. *Um outro direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2014. p.7.

amoralidade do Estado, separando as normas jurídicas das normas morais e ao garantir a 'liberdade de crença', consagra a laicidade, separando as normas jurídicas das normas religiosas"[46].

Isso significa que o Estado não deve estabelecer religião, crença ou mesmo padrão moral como oficiais, que não pode valer de seu aparato para impor condutas que julgue mais moralmente aceitáveis ou adequadas, sob pena de se aviltar a autonomia de seus cidadãos, desrespeitando sua configuração laica e amoral.[47] Até em observância a esse princípio, o conceito de dignidade da pessoa humana e, por consequência, dignidade sexual, deve seguir a perspectiva autônoma.

Quanto à liberdade sexual, ponto fulcral deste texto, refere-se à possibilidade de livremente escolher como exercer sua sexualidade, ou mesmo deixar de exercê-la. Ela advém da liberdade individual, como poder de autodeterminação e livre-arbítrio. Não deve pertencer a ninguém mais, além da própria pessoa, o poder de decisão sobre a liberdade de seu corpo, sobre como utilizá-lo das mais variadas formas, obviamente, respeitando direitos e autonomia de terceiros eventualmente envolvidos[48].

Já a liberdade de profissão está prevista taxativamente no texto constitucional[49], no artigo 5º, inciso XIII, assegurando a todos a possibilidade de escolher sua atividade profissional, seu trabalho – desde que lícito. Assim, o Estado deve envidar esforços para garantir que as pessoas escolham livremente e exerçam pacificamente suas profissões, ocupações, ofícios, quaisquer atividades que lhes tragam renda, sejam elas formalmente regulamentadas ou não[50].

---

46. VIANNA, Túlio; MATTOS, Geovana Tavares de. A inconstitucionalidades da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, v. 14, 2008. p. 306.
47. Para mais informações acerca desse importante princípio: LOPES, Alan Junio Fernandes. *Estado laico?*. Reflexões a partir da Constituição brasileira de 1988. Belo Horizonte: Arraes, 2015; WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição*. Porto Alegre: Imprenta, 2007; RODRIGUES, Eder Bomfim. *Estado Laico e símbolos religiosos no Brasil:* as relações entre Estado e religião no constitucionalismo contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2014.
48. BRODT, Luís Augusto Sanzo. Dos crimes sexuais contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora. 2010. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, v. 13, jul. 2011. p. 171; CONEGUNDES, Karina Romualdo. Op. cit., p. 180; GRECO, Luis. Op. cit., p. 4.
49. Art. 5º [...] XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;
50. MUÇOUÇAH, Renato de Almeida Oliveira. A prostituição como forma de trabalho: uma análise para além da dogmática penal. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 40, n. 159, set.-out. 2014. p. 111.

Esses princípios são de extrema importância em uma democracia, como já mencionado, na medida em que sua observância impede que o Estado atue de maneira paternalista, invadindo a vida privada de seus cidadãos e retirando-lhes suas liberdades, por meio de padrões morais preestabelecidos de vida digna, de condutas e de profissões que considere adequadas[51].

Contudo, a despeito de tais previsões basilares, o Código Penal brasileiro está atulhado de condutas proibitivas baseadas em concepções morais e religiosas, sem a devida fundamentação constitucional na lesividade de bens jurídicos, como o são os crimes de lenocínio. Tais previsões legais afetam inteiramente os direitos fundamentais acima referenciados, o que as tornam inconstitucionais.

Estudos sobre a necessidade de separação entre o direito e a moral têm ganhado cada vez mais espaço nos debates jurídicos, concluindo que a moral deve se restringir ao âmbito privado[52].

Normas morais não estão submetidas ao crivo do parlamento e, como tais, não podem ser impostas a toda a população. É bem verdade que há grande pressão social sobre os indivíduos para que sigam as normas morais adotadas pela maioria, como ocorre com a moral cristã no Brasil, por exemplo. Mas pressão

51. Para estudos mais aprofundados sobre paternalismo jurídico penal, conferir: COSTA, Marli MM; DIAS, Felipe da Veiga. O paternalismo penal estatal no Brasil e as incompatibilidades na busca de proteção dos direitos e garantias fundamentais: as casas de prostituição como forma de opressão punitiva de gênero. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, jul.-dez. 2011. p. 260-280; MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal.* Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Orientador: Prof. Dr. David Teixeira de Azevedo. 2010. BARRETO NETO, Heráclito Mota. *Paternalismo jurídico-penal, autonomia e vulnerabilidade:* critérios de legitimação de intervenções paternalistas sobre a autonomia individual em matéria penal. Anais do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI – UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara. Criminologias e Política Criminal. 2015.

52. Atualmente, é predominante o entendimento de que direito e moral não podem se misturar, devendo se afastar aspectos puramente morais do âmbito jurídico. Nesse sentido, exemplifica-se indicando as leituras de: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassn Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flavio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 204; GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§173 Strafgesetzbuch). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2010. p. 174-178; ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*: fundamentos. La estructura de La teoria del delito. Trad. y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Diaz y Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas. 1997. p. 63.

social, por mais intensa que seja, não se compara à coerção estatal para que se cumpra as normas jurídicas. E é justamente por isso que

> "valores morais e religiosos são adotados individualmente, em conformidade com a vivência e crença individuais, são intrínsecos aos seres humanos, não cabendo ao Estado padronizar condutas e legislar utilizando-se de pressupostos tão íntimos como estes, não pode estabelecer condutas de 'dever-ser' baseadas tão somente nestas conjecturas."[53]

Quando se mistura direito e moral, o Estado escolhe padrões que elege como adequados, em detrimento de outras escolhas individuais, outros padrões morais, que são tidos como impróprios ou anormais.

> "Uma lei que proibisse, por exemplo, a prática do sexo anal, seria inconstitucional, mesmo se hipoteticamente aprovada pela maioria absoluta da Câmara e do Senado e referendada pelo voto popular. Isso porque democracia não se confunde com ditadura da maioria. [...] No Estado Democrático de Direito a maioria não pode impor suas convicções religiosas ou morais à minoria. Nossa Constituição reconhece a autodeterminação dos indivíduos e impede que comportamentos consensuais entre pessoas maiores e capazes que não causam danos a terceiros sejam criminalizados."[54]

Logo, valores morais não podem ser apontados como bens jurídicos dignos de tutela[55], ou seja, em linhas gerais, como bens, como direitos tão essenciais à

53. MARGOTTI, Alessandra. *Direito à prostituição,* cit., p. 22.

54. VIANNA, Túlio. Legalizar as casas de prostituição. *Um outro direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2014. p. 41.

55. Para aprofundar os estudos a respeito de bem jurídico penalmente tutelado e suas teorias, conferir: BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico supraindividual*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017; GODOI, Antônio Januzzi Marchi de. *Do bem jurídico-penal*. Belo Horizonte. Dissertação, Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2006; GODOY, Regina Maria Bueno de. *A proteção dos bens jurídicos como fundamento do direito penal*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010; GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2010. p. 165-185; REGIS PRADO, Luiz. *Bem jurídico penal e Constituição*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015; TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003; SANTIAGO, Paulo Roberto Sampaio. Princípio da lesividade e deslegitimação do direito penal. *Ciências Penais*, v. 13, jul. 2010. p. 249.

humanidade a ponto de receberem proteção do poder punitivo estatal, porque cada ser individualmente estabelece uma hierarquia desses valores[56].

Outro ponto crucial para que haja uma correta aplicação do poder punitivo do Estado é a observância do princípio da lesividade.[57] De acordo com esse princípio, para que uma conduta seja punida, deve, obrigatoriamente, atingir bem jurídico de terceiros; deve apresentar vítima, de modo que a conduta que não afete a ninguém, ou que se restrinja ao âmbito pessoal de quem praticou, deve ser apartada do Direito Penal[58].

Em síntese, para que o Direito Penal seja instrumento garantidor de direitos e liberdades individuais e, ao mesmo tempo, um limitador dos excessos do poder punitivo estatal, deve-se atentar ao entendimento da dignidade da pessoa humana enquanto direito à autodeterminação (sob uma perspectiva política ou autônoma) e observar a devida separação entre direito e moral, evitando-se a punição de condutas que afetem tão somente aspectos morais e religiosos. Somente a partir de então seria possível se falar em Estado Democrático de Direitos. Contudo, ainda não é o que acontece na prática, principalmente entre os crimes sexuais (entre os quais, o lenocínio), enraizados em fundamentação puramente moral.

6. As inconstitucionalidades em espécie

Muitos doutrinadores apontam a dignidade sexual e/ou a liberdade sexual como bens jurídicos que fundamentam a criminalização do lenocínio atualmente[59], mas ainda há quem aponte a moralidade pública sexual, apesar de moral não

56. REGIS PRADO, Luiz. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1. p. 313-317.

57. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. Conferir capítulo 2.

58. HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (Coord.). *La teoría del bien jurídico:* ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, 2007. p. 95. Também nesse sentido, indica-se a leitura de: D'AVILA, Fábio Roberto. Ofensividade e ilícito penal ambiental. *Ofensividade em direito penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009. p. 105-127. GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato. Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, abr-jun, 2004. p. 89-147.

59. Entre os quais: BUSATO, Paulo César. *Direito penal* – Parte geral. São Paulo: Atlas. 2014. p. 906; ESTEFAM, André. *Crimes sexuais*. Comentários à Lei 12.015/09. São Paulo:

poder ser tutelada pelo Direito Penal (como único bem jurídico ou juntamente com a dignidade sexual)[60]. Lamentavelmente, a lei não distingue o comércio sexual praticado de modo consentido daquele praticado por meio de quaisquer tipos de violência ou embuste, quando, evidentemente, tais direitos são aviltados. O Estado não estabelece o que considera exploração sexual, deixando espaço para interpretações de que a prostituição seja uma de suas formas[61].

E, ainda, a ambiguidade do conceito dignidade sexual permite uma interpretação heterônoma, moralista, que visa, na verdade, proteger valores morais hegemonicamente impostos em detrimento da autodeterminação sexual e profissional, como trazido no capítulo anterior.

Isso faz com que a própria criminalização do lenocínio atinja a tais bens jurídicos apontados e a tantos outros direitos fundamentais básicos das prostitutas, em vez de protegê-los. Pois, como visto anteriormente, liberdades individuais como a sexual, a de profissão, de crença e de consciência dependem de uma perspectiva autônoma da dignidade da pessoa humana e sexual para serem efetivadas.

Sob esse desarranjo, estão as condutas tipicamente problemáticas. A começar pelo artigo 227[62], que criminaliza a indução de alguém a satisfazer a lascívia de

---

Saraiva, 2010. p. 112; MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 430-444; REGIS PRADO, Luiz. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte especial. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. II. p. 880-889.

60. BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte especial. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. IV. p. 168; GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 815-833; JESUS, Damásio E. *Direito penal*. Parte especial. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 183; MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. *Crimes contra a dignidade sexual* – Comentários ao Título VI do Código Penal. 2; ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 311-312. NUCCI, Guilherme Souza. *Código Penal comentado*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017 (eBook). p. 1213 e seguintes; NUCCI, Guilherme Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 75.

61. GRECO, Luís. Casa de prostituição (art. 229 do CP) e direito penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 92, set. 2011. p. 10.

62. *Mediação para servir a lascívia de outrem*

Art. 227. Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem:

Pena – reclusão, de um a três anos.

§ 1º Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda:

terceiro, sem qualquer referência à falta de consentimento de algum dos envolvidos. Da maneira como previsto, tal tipo, ilogicamente, serviria para criminalizar o ato de apresentar duas pessoas, incentivando um envolvimento sexual entre elas; isso é feito em convívio social a todo tempo. Não há, como se pode perceber, ato atentatório à liberdade, como um todo, ou à dignidade sexual.

Em seguida, o artigo 228[63] tipifica, no início, a conduta de induzimento, atração ou facilitação à atividade de prostituição, ocupação legal reconhecida pelo Ministério do Trabalho e Emprego, o que pode ser feito sem violência ou má-fé. Isso não ofende direitos de nenhuma pessoa, principalmente da própria que possa ser atraída ou induzida à atividade ou que a tenha facilitada, de qualquer forma.

> "Se essa divulgação se der, por exemplo, pela jornada de trabalho e pelos ganhos que se pode ter na prostituição, já está suficiente para configurar o crime por parte da pessoa que, talvez no intuito de ser prestativa, indica a profissão por considerá-la interessante e vantajosa."[64]

Contudo, a última parte do artigo tipifica o ato de dificultar ou impedir que alguém abandone a prostituição, o que, por óbvio, afeta a liberdade de escolha da pessoa que se prostituía e não quer mais continuar no ofício, configurando, agora sim, um mal merecedor de tutela penal.

Pena – reclusão, de dois a cinco anos.

§ 2º – Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:

Pena – reclusão, de dois a oito anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º – Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

63. *Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual*

Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 2º – Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:

Pena – reclusão, de quatro a dez anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º – Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

64. MARGOTTI, Alessandra. *Direito à prostituição*, cit., p. 230-231

O artigo 229[65] é o que mais atrai os olhares de estudiosos, pois criminaliza a manutenção de casas de prostituição. Uma vez que a prostituição é permitida, proibir a manutenção de locais onde ela possa ser exercida se torna uma clara afronta a essas profissionais, não havendo qualquer razão plausível para tanto, desde que as pessoas que lá trabalhem sejam civilmente capazes e consintam com a profissão. A proibição só obriga as prostitutas a trabalharem nas ruas, expostas à violência física, moral, psicológica e simbólica, e a se submeterem aos desmandos de donos de bordéis que atuam na ilegalidade, certos de que suas ações não serão punidas pelo Estado ausente[66].

Já o artigo 230[67] prevê o crime de rufianismo, punindo a figura comumente conhecida como "cafetão", que se aproveita da prostituição alheia participando de seus lucros ou sendo sustentado por ela. Como nas previsões anteriores, sendo a pessoa obrigatoriamente maior e capaz e ela consentindo em sustentar terceiros, não há espaço para atuação do poder punitivo estatal. Da mesma forma, também não afeta qualquer bem jurídico a conduta de alguém que participe dos lucros da prostituta (mediante consentimento e sem violência ou engano) por qualquer motivo, como por tê-la ajudado a arrumar clientes ou intermediado algum serviço.

---

65. *Casa de prostituição*

    Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:

    Pena – reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

66. VIANNA, Túlio Lima. Legalizar as casas de prostituição, cit., p. 42.

67. *Rufianismo*

    Art. 230. Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça:

    Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

    § 1º Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos ou se o crime é cometido por ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância:

    Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

    § 2º Se o crime é cometido mediante violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima:

    Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência.

O moralismo dessa proibição se escancara quando se observa que uma médica, ou faxineira, ou recepcionista, ou advogada, ou professora ou qualquer outra profissional pode tranquilamente sustentar quem quiser sem que a pessoa amparada incorra em ilícito penal.

Por fim, o artigo 149-A[68], recentemente incluído no Código Penal para tratar do tráfico de pessoas para fins diversos, inclusive para "exploração sexual", independente do que signifique essa expressão.

Os antigos crimes de tráfico internacional e interno de pessoas para fim de exploração sexual foram revogados em outubro de 2016 pela mesma lei que incluiu o artigo acima, trazendo benefícios consideráveis no que se refere ao tema. Se antes a leitura permitia interpretar que aquele que prestava qualquer tipo de suporte no traslado de prostitutas com o intuito de trabalhar em outras localidades estaria praticando tráfico de pessoas, agora é possível (em leitura atenta e garantista) afirmar que só estão tipificadas as condutas previstas quando praticadas "mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso", para as finalidades ali previstas[69]. Assim, pode-se inferir que se houver consentimento

68. *Tráfico de pessoas*

Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:

I – remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;

II – submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;

III – submetê-la a qualquer tipo de servidão;

IV – adoção ilegal; ou

V – exploração sexual.

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de um terço até a metade se:

I – o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las;

II – o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência;

III – o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou

IV – a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.

§2º A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa.

69. Para mais reflexões a respeito, MARGOTTI, Alessandra. *Direito à prostituição*, cit., p. 237.

da prostituta, esse crime não se configura[70]. É essa a progressão necessária e que falta às tipificações anteriores.

Essa sucinta análise dos tipos penais apresentada denota como as condutas ali previstas, da forma como estão, não protegem a liberdade e/ou a dignidade sexual, mas, ao contrário, afeta-as. Atinge diretamente as prostitutas que livremente[71] escolheram esse trabalho, retirando-lhes o poder de autodeterminação. O que, por sua vez, mitiga-lhes a liberdade de profissão e a livre-iniciativa.

Vê-se, pois, como o Código Penal brasileiro, em atitude abolicionista de criminalização do lenocínio, está em desconformidade com vários princípios fundamentais do nosso Estado Democrático de Direito.

Isso porque sequer diferencia a prostituição, uma atividade profissional, da exploração sexual, expressão máxima de violência contra pessoas que não consentiram com a atividade e contra menores e incapazes. Coloca todas as práticas na mesma situação jurídica, marginalizadas e isentas de direitos.

Sob a justificativa de proteger, o Estado extrapola seus limites de atuação, "protegendo" de maneira paternalista também pessoas que não querem e não precisam, o que torna sua ação atentatória às liberdades individuais.

7. Considerações finais

Resta clara a inconstitucionalidade da previsão criminal do lenocínio no Código Penal brasileiro, devido à afronta aos princípios da livre iniciativa, da liberdade de profissão e da liberdade sexual. Não há ainda qualquer lesão a bens jurídicos de terceiros a ser tutelada pelo Direito Penal e, por conta disso, essa criminalização também viola o princípio constitucional da lesividade.

Sendo a prostituição uma atividade profissional devidamente reconhecida pelo Estado e exercida por pessoas maiores e capazes que escolheram exercê-la, equipará-la à forma de exploração sexual é inadmissível. Não há motivos capazes de justificar a criminalização do comércio sexual que a envolve.

---

70. Necessário ressaltar que, no que se refere às outras condutas (remoção de órgãos ou partes do corpo humano, submissão a trabalho escravo ou servidão, adoção ilegal), não há que se falar em consentimento do ofendido, pois tais condutas são proibidas, por si mesmas, diferentemente da prostituição.

71. Importante ressaltar que não se descura aqui das limitações externas a que, muitas vezes, estão submetidas as prostitutas, tais aspectos econômico-sociais. Contudo, mesmo que em alguns casos reduzida, há liberdade de atuação e escolha e o Estado deve atuar não para moldar essas escolhas, mas para que sejam cada vez mais livres e conscientes.

O princípio da livre-iniciativa garante às pessoas que possam empreender da forma como bem entenderem e comercializarem o que acharem conveniente, desde que o objeto seja lícito. A prostituição tem objeto lícito e é reconhecida pelo próprio Estado como ocupação legal desde 2002.

Por conseguinte, o poder punitivo estatal não pode impedir a livre negociação empreendedora e comercial entre pessoas – maiores, capazes e conscientes – que queiram trabalhar com a prostituição, seja diretamente, por meio de seu corpo, seja indiretamente, com a contratação da mão de obra de terceiros para prestação de serviços em uma casa de prostituição, por exemplo.

Isso não pode ser entendido como exploração sexual, pois que todos os envolvidos estão conscientes sobre a atividade e de posse de suas liberdades e autodeterminação[72].

Além disso, como exposto, sendo a prostituição uma forma de trabalho, o Estado mitiga o direito de tais profissionais à liberdade de profissão. Obsta seu exercício, na medida em que impede que a profissional receba quaisquer ajudas de terceiros, ou que tenha um local fixo e destinado ao seu trabalho. Sequer pode se associar a alguma colega de profissão sem que ambas incorram em crime, ajudando-se mutuamente.

O Estado impede profissionais do sexo de trabalharem com o mínimo de segurança e dignidade possível. Sendo o lenocínio criminalizado, prostitutas são obrigadas a trabalhar nas ruas ou em bordéis ilegais, submetidas ao alvedrio de cafetões e a toda sorte de violências, sem poderem recorrer ao aparato estatal e reclamar direitos básicos. Apesar de lícita, a prostituição é vulnerabilizada devido à criminalização de todo seu entorno, relegando a atividade à margem da sociedade.

Essa criminalização desrespeita liberdades individuais e não apresenta fundamentação legal, mas justificativas morais e religiosas que jamais podem respaldar a atuação do poder punitivo estatal.

A dignidade sexual deve ser sempre interpretada numa perspectiva autônoma, a partir da qual não há como defender a criminalização do lenocínio por impedir diretamente o exercício de atividade profissional livremente escolhida pela prostituta. E o direito de escolhê-la lhe é resguardado pela própria liberdade de autodeterminação, de escolher seu próprio padrão de vida digna.

72. Evidentemente, fala-se aqui de situações de plena consciência de todas as partes envolvidas, e não situações em que há engano, fraude, violência física ou simbólica, ou quaisquer meios que impeçam o livre consentimento.

Se há alguma ausência de dignidade na prostituição, certamente não é inerente à atividade, mas sim às condições em que ela tem que ser exercida.

Quanto à liberdade sexual, só será afetada se a pessoa que a detém for obrigada a exercer sua sexualidade contra sua vontade, seja por meio de violência ou engano, seja outro meio ardiloso. Ou, claramente, se exercida por menores e pelos demais incapazes previstos em lei, independente de consentimento. Fora desses casos, não há afronta a essa liberdade, exceto pela atuação indevida do próprio Estado sob o pretexto de "proteger" vítimas imaginárias.

Eis a inconstitucionalidade dos crimes aqui analisados, que tanto afetam a vida de milhares de pessoas envolvidas com a prostituição e o comércio sexual. Uma criminalização sem lesão a bem jurídico definido, que não protege a quaisquer direitos de terceiros, mas, ao contrário, viola os princípios constitucionais da liberdade de trabalho e da livre iniciativa, tão fundamentais em um Estado Democrático de Direito. E tudo baseado em justificação moral.

Urge, pois, que se faça uma interpretação conforme a Constituição de todo o Capítulo V, do Título VI, da Parte Especial do Código Penal Brasileiro. Com isso, deverá ser considerada inconstitucional toda e qualquer interpretação desses dispositivos que criminalize as relações contratuais realizadas entre pessoas maiores e capazes que deram seu consentimento livre e informado.

Sanadas essas inconstitucionalidades que tanto marginalizam desnecessariamente profissionais do sexo de todo o País, restará ao poder público combater os crimes sexuais que efetivamente lesam gravemente bens jurídicos de terceiros, como é o caso dos variados tipos de exploração sexual.

Para além da descriminalização do lenocínio, é fundamental ainda que o Poder Legislativo respeite a Constituição da República e regulamente, no âmbito trabalhista, a contratação de profissionais do sexo por empresas que pretendam atuar neste ramo de prestação de serviços.

Somente assim poderão ser garantidos os direitos constitucionais, civis, trabalhistas e previdenciários de profissionais do sexo, os quais hoje lhe são negados pela atual criminalização do lenocínio com base em fundamentações de natureza exclusivamente moral.

Bibliografia

ALMEIDA, Fernando Henrique Mendes de. *Ordenações Filipinas*. Ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandato d'el Rei D. Filipe, o Primeiro. São Paulo: Saraiva, 1957.

BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico supraindividual*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

BARRETO, Letícia Cardoso. *Prostituição, gênero e sexualidade*: hierarquias sociais e enfrentamentos no contexto de Belo Horizonte. Dissertação apresentada à banca examinadora do Mestrado em Psicologia da Universidade Federal de Minas Gerais. Orientação: Prof. Dr. Marco Aurélio Máximo Prado. 2008.

BARRETO NETO, Heráclito Mota. Paternalismo jurídico-penal, autonomia e vulnerabilidade: Critérios de legitimação de intervenções paternalistas sobre a autonomia individual em matéria penal. *Anais do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI – UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara*. Criminologias e Política Criminal. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:* natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. "Here, there and ererywhere": human dignity in contemporary law and in the transnational discourse. *Boston College International and Comparative Law Review*, v. 35, Issue 2, Article 2, 2012. Disponível em: [http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1681&context=iclr]. Acesso em: 19.01.2018.

BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte especial. 23. ed. São Paulo: Saraiva. 2017. v. IV.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. Dos crimes sexuais contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora. 2010. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, v. 13, p. 170-193, jul. 2011.

BRUCKERT, Chris; HANNEM, Stacey. Rethinking the prostitution debates: transcending structural stigma in systemic responses to sex work. *Canadian Journal of Law & Society*, 28 Can. J.L. & Soc. 43, p. 55, 2013.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal* – Parte geral. São Paulo: Atlas. 2014.

CHAVES, Leandro Santos; SANCHEZ, Cláudio José Palma. *A evolução histórica do direito penal positivado no Brasil.* 2010. Disponível em: [http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/ viewFile/2238/2222]. Acesso em: 18.01.2018.

CHUANG, Janie A. Rescuing trafficking from ideological capture: prostitution reform and anti-trafficking law and policy. *University of Pennsylvania Law Review*, 158 U. Rev. 1655, 2009-2010.

COELHO, Sonia; FARIA, Nalu; MORENO, Tica. *Prostituição*: uma abordagem feminista. Fundação Heinrich Böll. 2013. Disponível em: [https://br.boell.org/sites/default/files/prostituicao_uma_ abordagem_feminista.pdf]. Acesso em: 21.01.2018.

CONEGUNDES, Karina Romualdo. A dignidade sexual à luz da teoria do bem jurídico. *Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. X, n. 1, p. 171-189, 2015.

CORRÊA, Sônia. *Prostituição, normas e conceitos:* a dimensão transnacional. Análise do contexto da prostituição – em relação a direitos humanos, trabalho,

cultura e saúde no Brasil. Levantamento nacional e contexto internacional. ABIA – Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS. 2013.

COSTA, Marli M. M.; DIAS, Felipe da Veiga. O paternalismo penal estatal no Brasil e as incompatibilidades na busca de proteção dos direitos e garantias fundamentais: as casas de prostituição como forma de opressão punitiva de gênero. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 260-280, jul.-dez. 2011.

D'AVILA, Fábio Roberto. Ofensividade e ilícito penal ambiental. *Ofensividade em direito penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

DORÉ, Louis. *Major study reveals common misconceptions about sex workers*. Indy100. 2016.Disponívelem:[www.indy100.com/article/major-study-reveals-common-isconceptions-about-sex- workers--ZJZ73pzIvg]. Acesso em: 17.01.2018.

ESTEFAM, André. *Crimes sexuais*. Comentários à Lei 12.015/09. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIA, Márcio Gustavo Senra. *A prostituição no Brasil no século XXI:* Razões para sua regulamentação. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Orientador: Prof. Dr. Daniel Antônio de Moraes Sarmento, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassn Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flavio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GODOI, Antônio Januzzi Marchi de. *Do bem jurídico-penal*. Belo Horizonte. Dissertação, Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. 2006.

GODOY, Regina Maria Bueno de. *A proteção dos bens jurídicos como fundamento do Direito Penal*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2010.

GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato. Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 49, p. 89-147, abr.-jun. 2004.

GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§173 Strafgesetzbuch). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 165-185, 2010.

GRECO, Luís. Casa de prostituição (art. 229 do CP) e direito penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 92, p. 431, set. 2011.

GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (Coord.). *La teoría del bien jurídico:* ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, 2007.

JESUS, Damásio E. *Direito penal*. Parte especial. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

KAVEMANN, Barbara; RABE, Heike. *The act regulating the legal situation of prostitutes* – implementation, impact, current developments. Sozialwissenschaftliches FrauenForschungsInstitut e.V. an der Evangelischen Fachhochschule Freiburg, Berliner Büro. Berlin, Sep. 2007.

LOPES, Alan Junio Fernandes. *Estado laico?* Reflexões a partir da Constituição brasileira de 1988. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. *Crimes contra a dignidade sexual* – Comentários ao Título VI do Código Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

MARGOTTI, Alessandra. Criminalização das casas de prostituição e demais atividades de lenocínio: a herança moralista da legislação penal brasileira. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 66, p. 139-177, jul.-set. 2017.

MARGOTTI, Alessandra. *Direito à prostituição*. Legalização e regulamentação do lenocínio no Brasil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MUÇOUÇAH, Renato de Almeida Oliveira. A prostituição como forma de trabalho: uma análise para além da dogmática penal. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 159, p. 97, set. 2014.

MUNK, Veronica. Em breve uma Europa livre de prostituição?. In: SIMÕES, Soraia Silveira; SILVA, Hélio R. S., MORAES, Aparecida Fonseca (Org.). *Prostituição e outras formas de amor*. Rio de Janeiro: Editora da UFF. 2014.

NUCCI, Guilherme Souza. *Código Penal comentado*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Alexandra. Prostituição feminina, feminismos e diversidade de trajetórias. *Ex aequo*, n. 28, p. 19-20, 2013.

PETHERSON, Gail. Prostituição II. In: HIRATA, Helena; LABORIE, Françoise; DOARÉ, Hélène Le; SENOTIER, Danilèle (Org.). *Dicionário crítico do feminismo*, 2009.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*: evolução histórica. São Paulo: Jalovi, 1980.

PINTO, Pedro; NOGUEIRA, Conceição; TAVARES, Manuela. Prostitutas e feministas: refazer abordagens, reconciliar caminhos. In: SILVA, Manuel Carlos; RIBEIRO, Fernando Bessa (Org.). *Mulheres da vida, mulheres com vida:* prostituição, estado e políticas. Braga, Humus/Universidade do Minho – Centro de Investigação em ciências Sociais, 2010.

PISCITELLI, Adriana. *Exploração sexual, trabalho sexual: noções e limites*. Seminário Corpos, sexualidades e feminilidades, UERJ, Rio de Janeiro, setembro de 2012.

PROCON.org. Explore Pros & Cons of Controversial Issues. *100 Countries and Their Prostitution Policies*. 2009. Disponível em: [http:// prostitution.procon.org/view. resource.php?resourceID=000772]. Acesso em: 20.01.2018.

RABELO, Galvão; VIANNA, Túlio. O fundamento constitucional do princípio da lesividade no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* v. 139, ano 26, p. 69-108. São Paulo: Ed. RT, 2018.

REGIS PRADO, Luiz. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte especial. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. I.

REGIS PRADO, Luiz. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte especial. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. II.

REGIS PRADO, Luiz. *Bem jurídico penal e Constituição*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

RIBEIRO, Fernando Bessa. Proibições, abolições e a imaginação de políticas inclusivas para o trabalho sexual. *Bagoas – Estudos Gays: gêneros e sexualidades*, n. 2, 2008.

RODRIGUES, Eder Bomfim. *Estado laico e símbolos religiosos no Brasil:* as relações entre Estado e religião no constitucionalismo contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2014.

ROMFELD, Victor Sugamosto. Os discursos sexistas e criminológicos nos sistemas de enquadramento jurídico da prostituição feminina. *Revista Jurídica Themis*, v. 1, p. 227-244, 2013.

ROMFELD, Victor Sugamosto. Criminalizar, abolir ou legalizar? Explorando as possibilidades de enquadramento jurídico da prostituição no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais, RBCCrim*, São Paulo, v. 25, n. 138, p. 305-340, dez. 2017.

ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*: fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Trad. y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Diaz y Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SANTIAGO, Paulo Roberto Sampaio. Princípio da lesividade e deslegitimação do direito penal. *Ciências Penais*, v. 13, p. 249, jul. 2010.

SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*. Rio de Janeiro: José Konfino Editora. 1947.

SOUZA, Fabiana Rodrigues de. *Feminismos e autodeterminação de prostitutas*: diferentes percepções acerca da prestação de serviços Sexuais. Seminário Fazendo Gênero – Desafios atuais dos Feminismos. Florianópolis, 16 a 20.09.2013.

TAMPEP VIII. *Sex work, migration and health* – a report in the intersections of legislations and policies regarding sex work, migration and health in Europe. Amsterdan: TAMPEP International Foundation, 2009. Disponível em: [www.tampep.eu]. Acesso em: 20.01.2018.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TAVARES, Manuela. *Prostituição:* diferentes posicionamentos no movimento feminista. 2010. Disponível em: [www.clam.org.br/bibliotecadigital/detalhes.asp?cod_dados=892]. Acesso em: 20.01.2018.

VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal*. Parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VIANNA, Cynthia Semíramis Machado. *A reforma sufragista*: marco inicial da igualdade entre mulheres e homens no Brasil. 2017. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, Minas Gerais, 2017.

VIANNA, Túlio. Efetivar o Estado laico. *Um outro direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

VIANNA, Túlio. Legalizar as casas de prostituição. *Um outro direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

VIANNA, Túlio. *Regulamentação da prostituição e legalização das casas de prostituição no Brasil*. 21.05.2018. (16m53s) Disponível em: [https://youtu.be/ts9SgRpKG3g]. Acesso em: 10.06.2019.

VIANNA, Túlio; MATTOS, Geovana Tavares de. A inconstitucionalidades da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, v. 14, p. 305-323, 2008.

VILLAMIL, Antonio; SMITH, Stacie Reimer. Prostitution and sex work. *The Georgetown Journal of Gender and the Law*, v. 13, 2012.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição*. Porto Alegre: Imprenta. 2007.

WIJERS, Marjan. *Criminal, victim, social evil or working girl:* legal approaches to prostitution and their impact on sex workers. Presentation Seminario Internacional sobre Prostitución, Madrid 21-23 junio 2001, Instituto de la Mujer, UNED. 2004.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- O paternalismo jurídico-penal e a (in)constitucionalidade do crime de manter estabelecimento destinado à prostituição ou à exploração sexual (art. 229 do CP), de José Francisco Dias da Costa Lyra – *RBCCrim* 111/13-35 (DTR\2015\240).

Uma crítica ao uso do sistema penal no enfrentamento da violência contra a mulher

A critic to the employment of the criminal system as a mean to cope with the violence against women

Sérgio Salomão Shecaira

Professor Titular de Direito Penal e Criminologia da Universidade de São Paulo (2004). Livre-docente em criminologia (2004). Pós-doutor pela Universidade do País Basco (2012).
shecaira@uol.com.br

Fernanda Carolina de Araujo Ifanger

Doutora pelo Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo (2014). Mestre pelo Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo (2010). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2006). Professora do PPG em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas.
fernanda.ifanger@puc-campinas.edu.br

Autores convidados

Área do Direito: Penal

Resumo: As diferenças socialmente criadas entre os gêneros permitem a ocorrência e naturalizam a prática da violência contra a mulher. Visando ao enfrentamento desse importante problema social foram criados diversos dispositivos legais, entre os quais se destaca a Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, a Lei 13.104/2015, que criminalizou o feminicídio, bem como a Lei 13.641/2018 que acrescentou o artigo 24-A à Lei Maria da Penha, criando o crime de descumprimento de medida protetiva de urgência. A despeito da Lei Maria da Penha prever uma política integral, transversal e interinstitucional para enfrentamento dessa violência, tem sido dada preferência à utilização dos mecanismos

Abstract: The socially created differences between genders allow the occurrence and naturalize the practice of violence against women. Aiming at coping with this important social problem, several legal provisions were created, such as Law 11.340/2006, known as Maria da Penha's Law, Law 13.104/2015, which criminalizes feminicide and Law 13.641/2018 which added article 24-A to the Maria da Penha's Law, creating the crime of disrespect to a protective measure of urgency. Although the Maria da Penha's Law provides an integral, transversal and interinstitutional policy to cope this violence, preference has been given to the use of repressive mechanisms in such a way. However, it is shown that

Shecaira, Sérgio Salomão; Ifanger, Fernanda Carolina de Araujo.
Uma crítica ao uso do sistema penal no enfrentamento da violência contra a mulher.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 161. ano 27. p. 309-329. São Paulo: Ed. RT, novembro 2019.

repressivos em tal desiderato. Contudo, demonstra-se que o sistema penal não é instrumento capaz de resolver o problema social da violência contra a mulher.

Palavras-chave: Criminologia – Direito penal – Violência contra a mulher.

criminal system is not capable of cope with violence against women.

Keywords: Criminology – Criminal law – Violence against women.

Sumário: 1. Introdução. 2. A desigualdade de gênero e a violência contra a mulher. 3. O reconhecimento legal dos direitos das mulheres de viverem livres da violência. 4. O uso do instrumental repressivo para o combate da violência contra a mulher: uma crítica ao sistema penal. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. Introdução

A violência contra a mulher é um problema social importante que deriva das assimetrias entre os gêneros.

Historicamente tem sido relegada à mulher uma situação de vulnerabilidade e inferioridade, o que tem justificado a atribuição de papéis sociais desfavoráveis, diferenças na educação, na consideração de suas competências, bem como a prática da violência.

Nesse sentido, "a figura do homem como protagonista em todas as esferas do social contribui para a perda da autonomia e liberdade da mulher, além de naturalizar a violência machista presente em um plano simbólico e relacional". (Barbosa e Borges, 2017).

O problema não tem diminuído com a aprovação de leis visando ao seu enfrentamento. Isso porque tem se utilizado, preferencialmente, do instrumental repressivo característico do direito penal para buscar atingir essa finalidade, quando, em realidade, o uso do sistema penal não consegue lograr atingir as transformações sociais necessárias para que a violência não mais aconteça.

Assim, visando a lançar uma crítica ao uso do sistema penal no combate à violência de gênero apresenta-se, no primeiro excerto do presente artigo, uma reflexão acerca da temática do gênero, bem como a relação da discriminação contra a mulher e a violência perpetrada contra esse grupo.

No item subsequente, discute-se o instrumental legal criado para enfrentar a violência contra a mulher, especialmente a Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, a Lei 13.104/2015, que tipificou o feminicídio, bem como a Lei 13.641/2018 que acrescentou o artigo 24-A à Lei Maria da Penha, criando o

crime de descumprimento de medida protetiva de urgência, e a preferência pelo uso do aparato criminalizatório proveniente do sistema penal nessa tarefa.

Por fim, a partir das teorias criminológicas do *labelling approach* e crítica, demonstra-se os problemas provenientes da intervenção do sistema penal e a sua incapacidade para resolver o problema da violência contra a mulher.

2. A desigualdade de gênero e a violência contra a mulher

Especialmente a partir da década de 1970, começam a ser realizados amplos e diversificados estudos de gênero, em que seu conceito assume definições e funções distintas. (Severi, 2016).

Há vários sentidos para o termo, mas, utiliza-se neste trabalho da concepção de Joan Scott (1989, p. 21), segundo a qual "o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseados nas diferenças percebidas entre os sexos, e o gênero é uma forma primeira de significar as relações de poder".

Trata-se de um conceito relacional, do sexo atribuído, razão pela qual não se pode compreender a mulher sem antes ter informações sobre os homens. (Strey, 2012).

Nessa perspectiva, só é possível entender as questões de gênero a partir das diferentes relações de poder que sua definição engendra, as quais repercutem sobre os sistemas social e penal, determinando o seu atuar. Nesse contexto, "repensar o gênero também leva a reconhecer seu papel na manutenção da ordem patriarcal" (Gindri e Budó, 2016, p. 244).

Assim, a opressão contra as mulheres deriva dos processos de socialização que constroem o sujeito e não da biologia (Skulj, 2013). É a crença na diferença entre homens e mulheres que explica a diferente educação e atribuição de papéis a cada qual deles.

Nesse diapasão, as discriminações e diferenciações entre homens e mulheres são questões de dominação masculina, aceitas em um sistema patriarcal (Alvarenga, 2009, p. 26).

A desigualdade entre os gêneros é uma tradição cultural e não uma realidade ontológica (Couto, 2017). É a ideologia de gênero que legitima e justifica a supremacia masculina (Strey, 2012).

O fato de a mulher ter a primazia na realização de tarefas domésticas e de o homem dedicar-se às atividades públicas não é uma diferença meramente espacial, produto de suas habilidades, mas sim uma diferença simbólica do valor do trabalho realizado por homens e mulheres, em que à atividade exercida por eles é conferida maior importância (Couto, 2017).

Para Couto,

> "a análise do simbolismo ao redor da divisão entre o público e o privado é imprescindível para o reconhecimento da opressão de um gênero por outro. Como à mulher foi conferido o espaço doméstico (e não nos cabe averiguar, neste momento, todas as teorias sobre a origem dessa circunstância), a própria compreensão sobre o que é ser mulher se define pela função que esta historicamente ocupou. O trabalho por ela desenvolvido ganhou roupagem de expressão de carinho e cuidado para com a família: seria um ofício para o qual de fato não caberia remuneração, uma vez que somente seria uma manifestação de amor feminino dirigido às pessoas de seu círculo. Assim sendo, a mulher passa a ser definida e a definir-se a partir da função de cuidado que lhe é atribuída na divisão sexual das tarefas." (Couto, 2017, p. 26)

Nesse contexto, "a família e também a economia constituem os lugares centrais onde a estratificação de gênero é produzida e mantida" (Strey, 2012, p. 55).

Nas sociedades patriarcais as mulheres vivenciam, desde seu nascimento, relações de dominação e subordinação que as inferiorizam e são treinadas a aceitar essa situação, num verdadeiro processo de educação para a dominação e sujeição, que se inicia na família e se repete na esfera pública (Sabadell e Paiva, 2019).

Essas discrepâncias, que são representativas da inferiorização da mulher e, portanto, da inexistência de equidade, colaboram sobremaneira para dificultar e, por vezes, impedir, o acesso da mulher aos postos públicos de trabalho, determinando a feminização da pobreza e a disparidade de poder entre os sexos.

Ademais, em razão dessa divisão de papéis, o homem é tido como provedor, forte, racional, corajoso e viril e a mulher como sentimental, fraca, submissa, vítima.

Fato é que:

> "enquanto houver uma educação voltada para a superioridade masculina, onde os estereótipos, os preconceitos e as discriminações de papéis são reafirmadas reiterada e cotidianamente – seja no âmbito privado, seja no âmbito público –, enquanto houver uma educação de desigualdade, enquanto houver submissão e subemprego ou excessiva lentidão em relação ao acesso da mulher a cargos e postos de alto nível e de maior responsabilidade, enquanto houver discrepâncias de níveis salariais, enquanto houver tratamentos diferenciados, enquanto houver assédio moral e violências, enquanto houver opressão e dominação masculina sobre a feminina, não se pode falar em igualdade." (Alvarenga, 2009, p. 26).

A existência de uma ideologia de gênero e as normas de gênero ajudam a criar as expectativas estereotipadas em relação aos traços e competências dos membros de cada gênero. (Strey, 2012). Ainda hoje essas assimetrias de gênero existem e desembocam, muitas vezes, na naturalização do uso da violência dos homens sobre as mulheres.

Nesse sentido, a violência contra a mulher é o limite extremo da dominação masculina. Ademais, ela é construída, pois aprende-se a ser agressor e vítima (Teles, 2010) e é naturalizada pela sociedade patriarcal.

Somente há aproximadamente quatro décadas a violência contra as mulheres tornou-se visível, em razão da atuação dos movimentos feministas e apenas quando são reconhecidos os direitos humanos das mulheres, no ano de 1993 por meio da Convenção de Viena, é que começam a ser adotadas medidas para combater a violência de gênero. (Teles, 2010).

A expressão violência de gênero foi definida no ano de 1995, em Pequim, na IV Conferência Mundial das Nações Unidas sobre as Mulheres que considerou que:

> "violência contra as mulheres é todo ato de violência sexista que tem como resultado possível ou real o dano de natureza física, sexual, psicológica, incluindo as ameaças, a coação ou a privação arbitrária de liberdade para as mulheres, seja produzida na vida pública ou na vida privada".

Trata-se de uma violência que expressa "a hierarquização estruturada em posições de dominação do homem e subordinação da mulher, por isso se constituindo em manifestações de discriminação". (Karam, 2015, p.1). Trata-se de um instrumento de correção que visa a (re)posicionar a mulher no lugar de sujeição (Sabadell e Paiva, 2019).

Já no início da história bíblica, com Adão e Eva, o cristianismo impôs à mulher a culpa pelo primeiro pecado.

Na Ilustração criou-se um estereótipo do feminino. Neste momento, em que se começa a refletir acerca de questões como igualdade e dignidade, construiu-se um perfil inferiorizado da mulher em que se nega a elas a dignidade, bem como a sua participação na sociedade, na política e na cultura. Defendia-se a universalidade, mas excluía-se do gozo de direito as mulheres (Alvarenga, 2009).

A própria legislação brasileira ratificou, em muitos momentos, a violência de gênero ao prever regras discriminatórias para as mulheres. No Livro V das Ordenações Filipinas era permitido, em caso de adultério, que o marido tirasse a vida da esposa e de seu amante. O Código Penal de 1830, por sua vez, previa uma atenuante ao marido que tirasse a vida da esposa adúltera (Blay, 2003).

O Código Civil de 1916, por exemplo, sob o pretexto de proteção da família, determinou a necessidade de a mulher ter autorização do marido para poder trabalhar. Ademais, somente no ano de 1932 a Constituição Federal reconheceu o direito ao voto feminino, sendo que as Cartas Magnas anteriores permitiam somente ao homem o exercício desse direito.

A visita íntima às pessoas privadas de liberdade, permitida aos homens desde 1984 pela Lei de Execuções Penais, só foi reconhecida às mulheres em 1999, por meio da Resolução 01/99 do Conselho Nacional do Política Criminal e Penitenciária.

Fato é que, ainda hoje,

> "a violência contra a mulher está arraigada na sociedade hodierna, o culto a superioridade masculina corroborou para que a mulher sempre seja vista como uma figura frágil e dependente do sexo oposto. Tornando, assim, tal violência um problema social que mesmo em tons mais amenos, continua presente na realidade da sociedade" (Leonardo, 2017, p. 353).

Para Alvarenga (2009) há uma violência estrutural e institucional contra a mulher, pois praticada pela sociedade e pelo próprio Estado, que se manifesta de modo sutil e velado e que gera outros tipos de violências praticadas por homens contra mulheres, tais como a violência doméstica e familiar e o assédio no trabalho. Nas palavras da autora:

> "uma vez aceita a idéia de que a violência contra a mulher é, antes de qualquer coisa, uma violência estrutural e institucional e que a violência familiar é apenas mais uma conseqüência dessa violência estrutural e institucional, a conclusão a que se chega não é menos reveladora: no sistema patriarcal, quem pratica essa violência nada mais é do que, em primeiro lugar, o Estado e a sociedade, e, via de conseqüência, o homem que, simplesmente, "reproduz" e concretiza o papel de um e de outra: em sua omissão e em seu silêncio, tanto o Estado como a sociedade corroboram e aprovam e – o que é ainda mais dramático – legitimam suas atitudes no âmbito privado da família." (Alvarenga, 2009, p. 25).

A violência contra as mulheres atinge números preocupantes no Brasil. De acordo com o Atlas da Violência 2018, 13 mulheres são assassinadas por dia no Brasil. chegou a apresentar uma taxa de 10 mortes a cada 100 mil mulheres. No ano de 2016, 4.645 mulheres foram assassinadas no país, o que representa uma taxa de 4,5 mortes a cada 100 mil mulheres. Em 10 anos esse número cresceu 6,4%. O estado de Roraima, por exemplo, chegou a apresentar uma taxa de 10 mortes a cada 100 mil mulheres.

Entre as vítimas, a taxa de mortes é muito maior em relação às mulheres negras (5,3), numa diferença de 71% em relação às não negras (3,1)(Atlas da Violência, 2018)[1].

Consoante a pesquisa *O poder judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha*, realizada pelo CNJ e publicada em 2018, em 2017 os Tribunais de Justiça estaduais registraram 2.643 casos novos de feminicídio. Sobre essa informação o relatório esclarece que, por se tratar de previsão em lei recente (a Lei 13.104, ou Lei do Feminicídio, foi promulgada em 2015), alguns tribunais, como o TJAP e o TJAL, não dispõem dessa informação.

Ademais, a pesquisa identificou que os Tribunais movimentaram 13.825 casos de feminicídio em 2017, dentre os quais 3.039 processos foram baixados, restando pendentes ao final do ano 10.786 processos. Foram contabilizadas 4.829 sentenças proferidas em casos de feminicídio (Conselho Nacional de Justiça, 2018).

Já no estudo *Raio x do feminicídio em SP*, realizada pelo MPSP e publicada no ano de 2018, objetivou-se verificar se a Lei do Feminicídio (Lei 13.104/2015) estava sendo aplicada na fase inicial do processo e analisar as circunstâncias do crime, com base em 364 denúncias sobre mortes violentas de mulheres.

Dos 364 casos estudados, 240 tratam de feminicídio praticado em contexto de relação afetiva, cometido por namorados, maridos e amantes. Nesses casos, a principal motivação para o crime foi a separação do casal, que aconteceu no momento do crime ou anteriormente, representando 45% dos casos em que há relação de proximidade ou amorosa. Ciúme, sentimento de posse ou machismo respondem por outros 30% dos casos em que há relação entre agressor e vítima. Outros 17% tratam de discussão, 2% por motivo financeiro e em 6% a motivação não constava na denúncia.

A maioria (58%) dos casos aconteceu durante a noite, entre as 18 e 6 horas. Ademais, a cada três vítimas de feminicídio, duas foram atacadas em casa, sendo que em 66% o local era residência da vítima. Em 8% dos casos, os crimes foram praticados no caminho para a casa ou para o trabalho.

Em 58% dos casos, armas brancas foram utilizadas para causar a morte. Já as armas de fogo estavam presentes em 17% dos assassinatos, seguidas por objetos

1. Apesar de não discutir essa questão no texto não se desconhece a crítica realizada por Skulj (2013) acerca dos problemas de uma análise universalista da temática da violência de gênero, uma vez que esta tem diversas facetas e é influenciada também por outros fatores como classe, religião, etnia, raça, entre outros, o que diz respeito à noção de interseccionalidade.

de uso doméstico, como panela de pressão, cabos e móveis (11%). Em cerca de 10% dos casos os agressores asfixiaram as vítimas.

Sobre o número de golpes ou tiros contra as vítimas, na maioria dos casos (48%) foram desferidos mais de dois ataques. Em seguida vêm os crimes praticados com um golpe ou tiro.

Dentre os 364 registros analisados, foi constatado que 12 mulheres (3%) tinham medida protetiva e ainda assim foram vítimas da violência fatal (Ministério Público do Estado de São Paulo, 2018).

Importante destacar que os números apresentados evidenciam as práticas violentas contra a mulher são um problema de grandes proporções. Mas importante perceber que há toda uma cadeia temporal, demonstrada neste excerto, que permitiu que se chegasse até aquele ato e em razão da qual se pode afirmar que a violência não é um evento excepcional na vida da vítima, mas o resultado de crenças e práticas sociais (Skulj, 2013). Conforme já se asseverou, a violência contra a mulher é a manifestação das discriminações perpetradas contra esse grupo, praticadas pelos membros da sociedade, bem como pelo próprio Estado.

3. O reconhecimento legal dos direitos das mulheres de viverem livres da violência

Nos últimos anos o Brasil tem assumido compromissos internacionais e internos que demonstram claramente a sua intenção de reconhecer os direitos das mulheres, bem como combater a prática da violência discriminatória contra esse grupo social. Nesse diapasão, podem ser destacadas a Declaração de Viena, a Convenção Pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher da Organização das Nações Unidas (CEDAW) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher da OEA, conhecida como Convenção de Belém do Pará.

Ademais, internamente, explicitou na CF/1988 a necessidade de igualdade entre os gêneros em seu artigo 5º, I, sob os dizeres de que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações", afirmou no seu artigo 226, parágrafo 5º que homens e mulheres exercem igualmente os direitos e deveres relativos à sociedade conjugal, e em seu preâmbulo, artigo 2, IV, garantiu o direito à igualdade e estabeleceu como objetivo fundamental do Estado assegurar o bem de todos, sem preconceito de sexo.

No plano infraconstitucional, seguiu-se uma profusão de mudanças legislativas destinadas direta ou indiretamente à questão da violência de gênero. Indiretamente destinadas a tal desiderato taxaram-se de hediondos os crimes de

estupro e o antigo atentado violento ao pudor, bem como alterou-se, a partir de 2005, os crimes sexuais, que passaram a integrar o título dos crimes contra a dignidade sexual, suprimindo-se a antiga e moralizante expressão dos crimes contra os costumes (Souza e Yang, 2018). Já diretamente, criou-se a Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, o crime de feminicídio em 2015 e tipificou-se a conduta de descumprimento de medida protetiva no ano de 2018.

A Lei Maria da Penha é a primeira lei aprovada no Brasil que incorpora a perspectiva de gênero. Trata-se de uma lei multidisciplinar que tem como objetivo coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, ou seja, conforme dispõe em seu artigo 5º, "qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial", praticadas no âmbito da unidade doméstica, da família e em qualquer relação íntima de afeto, independentemente de coabitação e de orientação sexual.

O artigo 7º, complementando o 5º, também traz uma regra fundamental à compreensão da normativa. Nela, o legislador deixa claro que a violência contra a mulher não é apenas a física, mas além dela, a psicológica, sexual, patrimonial e moral, sendo esse rol meramente elucidativo, havendo possibilidade de se reconhecer a existência de outros tipos de violência.

Contudo, para evitar a estigmatização da mulher no papel de vítima, a lei se utiliza da expressão "mulheres em situação de violência doméstica", o que, de antemão evidencia que ela não se encerra nesse estigma.

Para combater a mencionada violência, dispõe o artigo 8º da referida lei que "a política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais".

Ademais, prevê-se ainda a capacitação dos servidores do sistema de justiça para lidar com a questão, a coleta de dados, a realização de programas educacionais, grupos sobre violência contra as mulheres com jovens, centro de educação e reabilitação para infratores, a obrigação do poder público de manter e organizar estatísticas sobre a violência contra a mulher, que deverão ser incluídas nas bases de dados dos órgãos do Sistema de Justiça e Segurança, entre outras medidas.

Em concordância com essas medidas, Sabadell e Paiva (2019, p. 200) defendem que "o mecanismo mais adequado para 'afrontar', de forma massiva, a violência machista é apostar em políticas públicas de educação e sensibilização da comunidade, ação prevista no art. 8º da Lei Maria da Penha".

Ocorre que, a despeito da Lei Maria da Penha prever uma política integral, transversal e interinstitucional, essa sim capaz de enfrentar o problema da violência

contra a mulher, problemas relacionados à efetivação dessas medidas culminam na expansão da utilização do instrumental de natureza penal para tal desiderato. Assim,

> "observa-se uma fraca integração entre os órgãos governamentais e uma ausência de fiscalização do Ministério Público para cumprimento dessa política. Como consequência da ausência de integração e transversalidade da perspectiva de gênero, as mulheres são obrigadas a recorrer unicamente a uma delegacia de polícia e ao Poder Judiciário." (Castilho e Campos, 2018, p. 294).

Diante dessa falha, conforme assevera Karam:

> "a orientação central de tal lei, com decisivo apoio e, mais do que isso, pressão de ativistas e movimentos feministas, inclinou-se para uma opção criminalizadora, privilegiando a sempre enganosa, danosa e dolorosa intervenção do sistema penal como suposto instrumento de realização daqueles direitos fundamentais, como suposto instrumento de proteção das mulheres contra a discriminação e a opressão resultantes de relações de dominação expressadas na desigualdade de gêneros".

Perde-se o que a lei tem de melhor, para privilegiar o que ela tem de ruim, ou seja, o uso fadado ao fracasso da reação penal na resolução de complexos problemas sociais.

Na esteira do movimento de proteção às mulheres que se iniciou com a Lei Maria da Penha, no ano de 2015, em comemoração ao dia da mulher, foi a aprovada no Brasil a Lei 13.104, que introduziu nova qualificadora no tipo penal de homicídio, denominada de feminicídio.

Para Gomes (2018, p. 4) "dizer feminicídio implica revelar a não acidentalidade e a não eventualidade nesta violência letal, para compreender os fatos como um fenômeno inscrito em determinada estrutura social, extremamente desigual, que possibilita sua ocorrência".

A proposta de tipificação do feminicídio resultou dos trabalhos da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da violência doméstica contra a mulher, cujas atividades se encerraram em julho de 2013. Depois de ter passado pelo Senado, já na Câmara dos Deputados foi substituída a expressão gênero (usada na Lei Maria da Penha) por "por razões da condição do sexo feminino", mudança considerada mera emenda de redação, visando a não devolução da proposta à Câmara.

Assim, diversamente da Lei Maria da Penha que se vale da expressão gênero para identificar seu público alvo, o tipo penal do feminicídio se utiliza da expressão sexo, o que limita sobremaneira o seu alcance, excluindo, por exemplo, a sua

incidência sobre as transexuais mulheres, e desconsiderando os debates dos movimentos feministas a respeito do gênero.

Vale dizer ainda que o legislador abusou do punitivismo na previsão do tipo penal do feminicídio.

Será punido com reclusão de 12 a 30 anos o agente que matar uma mulher, por razões da condição do sexo feminino, ou seja, em decorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Além disso, foram incluídas no artigo 121, causas de aumento de pena, que podem elevar a reprimenda do feminicídio de um terço até a metade, nos casos do crime ser praticado durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto, na presença de descendente ou de ascendente da vítima ou contra pessoa menor de catorze anos, maior de sessenta anos ou com deficiência.

Para Beloque (2015, p. 3), "quando se elege o caminho da punição, parece que o céu é o limite, justamente porque não se alcança o resultado almejado e a solução acaba sendo ministrar mais daquele remédio que não funcionou".

A ocorrência do feminicídio é uma mostra de que a Lei Maria da Penha falhou ao coibir a violência contra a mulher. Contudo, ao invés de se cobrar a efetivação dos mecanismos previstos na lei o que se faz é criminalizar mais gravemente essa conduta (Beloque, 2015).

Já no ano de 2018, por sua vez, foi aprovada a Lei 13.641/18 que acrescentou o artigo 24-A à Lei Maria da Penha, criando o crime de descumprimento de medida protetiva de urgência, sejam elas de obrigação do ofensor ou destinadas à ofendida, previstas nos artigos 22 a 24 da Lei Maria da Penha, enunciando a pena de detenção de 3 meses a 2 anos em razão da prática e determinando que em caso de prisão em flagrante a fiança só pode ser determinada pelo juiz.

Até o ano de 2018 o seu descumprimento não acarretava consequências ao violador, uma vez que o entendimento majoritário era o de que tal prática não se enquadrava na descrição do delito de desobediência.

As medidas protetivas são medidas cautelares que visam a impedir a continuidade da violência, por meio de uma ação emergencial por parte do Estado.

Realizados os trâmites para o registro da ocorrência, a autoridade policial deve encaminhar o expediente ao juiz em até 48 horas, juntamente com o pedido da ofendida, mesmo desacompanhada de advogado, para a concessão das medidas protetivas disciplinadas na lei, visando a impedir a perpetuação da violência, sendo que o magistrado deve concedê-las imediatamente, sem necessidade de ouvir as partes e o Ministério Público, em razão da urgência que a situação impõe.

Para Sabadell e Paiva (2019) as medidas protetivas devem ser encaradas como medidas autônomas, que podem subsistir mesmo diante da inexistência de inquérito policial ou processo judicial, entendimento reforçado pela recente decisão do STJ no Resp. 1.419.421/GO, o que atenderia tanto a perspectiva feminista quanto à antipunitivista em relação à temática.

Evidente, pois, a criação de todo um aparato legal tendente a coibir a prática de violência contra a mulher. Porém, cabe perquirir se esse instrumental legislativo é adequado para enfrentar adequadamente o problema.

4. O uso do instrumental repressivo para o combate da violência contra a mulher: uma crítica ao sistema penal

Fato é que, a partir da ratificação dos documentos internacionais acerca da temática, o Brasil criou uma legislação interna para combater a violência contra a mulher que tem como principal referência o uso do instrumento criminalizatório.

Ainda que políticas transversais tenham sido criadas, problemas em sua implementação ou mesmo escolhas políticas fazem com que se dê prevalência ao uso do aparato repressivo em tal mister.

Existe uma crença sedimentada de que a aprovação de uma lei pode, como num passe de mágica, apagar todo o problema social que reverbera na violência e fazer com que ela não mais se manifeste. Olvida-se que "descriminalizar ou não criminalizar uma conduta está longe de significar sua aprovação. Há muitos outros modos mais efetivos e não danosos de enfrentar situações negativas ou comportamentos indesejados, seja através de leis não penais, seja através de outras intervenções políticas e/ou sociais". (Karam, 2015, p. 1).

Não obstante, conforme assevera Zaffaroni (1997, p. 19) "as leis penais são um dos meios preferidos do estado espetáculo e de seus operadores 'showmen', em razão de serem baratas, de propaganda fácil e a opinião se engana com suficiente frequência sobre sua eficácia".

Desconsidera-se as incapacidades protetora, preventiva e resolutória do sistema de justiça criminal (Andrade, 2005) e propugna-se por cada vez mais direito penal.

Ocorre que a criminalização não é a ferramenta adequada para lidar com o problema social da violência contra a mulher, o que se depreende da análise criminológica dos instrumentos de repressão penal, especificamente, a partir das teorias do *labelling approach* e crítica.

A teoria do *labelling approach*, surgida na década de 1960, traz à tona uma postura contestatória de todo o sistema social, político e criminal estabelecido. Ao propor como objeto de estudo da Criminologia a ação do sistema penal, evidenciou os problemas resultantes de sua atuação, o que fez também a teoria crítica, nascida na década seguinte.

Os ataques a esse sistema são os mais variados possíveis, mas todos levam em consideração o fato de que ele não resolve os problemas que se propõe a combater, gerando, em realidade, uma nova gama de transtornos com a sua intromissão, tais quais a estigmatização do agressor, a imposição de uma resposta que não necessariamente representa os anseios da vítima e a falta de comprovação de seus efeitos preventivos.

Para Karam (1996, p. 91) "não há como alcançar sociedades mais generosas e solidárias, utilizando-se dos mesmos métodos que se quer superar. Quando se aceita a lógica da reação punitiva, está se aceitando a lógica da violência, da submissão e da exclusão".

O sistema penal é um instrumento discriminatório por excelência. Ele reproduz as relações sociais e de manutenção da estrutura vertical da sociedade. (Baratta, 2002). Por manter estruturas, instituições e simbolismos não pode ser tido como aliado no fortalecimento da autonomia feminina. (Andrade, 2005).

O Direito Penal tem uma função histórica e atual de conservação e reprodução das relações sociais de desigualdade. (Baratta, 2002). No que se refere à violência de gênero, "a dominação da mulher é cultural e o sistema penal não faz mais que reforçá-la". (Zaffaroni,1997, p. 16)

Nesse diapasão, não há nenhuma ruptura entre as relações sociais violentas e discriminatórias que a mulher estabelece em seu trabalho, com sua família e com a sociedade em geral, das que estabelece com o sistema penal, que a protegeria desse domínio e opressão, mas sim uma relação de continuidade e interação entre os que exercem o controle social informal e o controle social formal (Andrade, 2005).

No mesmo sentido assevera Larrauri Pijoan (1993) que o direito penal é um poder patriarcal que reflete a posição de subordinação social em que se encontram as mulheres. Sendo assim, a criminalização da violência de gênero representaria tão somente a reprodução dessa violência que se iniciou na sociedade e que se repete no direito.

Assim, "é possível considerar que o direito tem gênero" (Gindri e Budó, 2016, p. 244), ele é feito por homens e para homens.

A própria Criminologia feminista chamou atenção para o fato de que a mulher, esteja ela no papel de vítima ou de autora de um crime, é vitimizada em razão dos preconceitos imbuídos no sistema de justiça[2]. Assim,

> "permitiu ao '*malestream*' criminológico compreender a lógica androcêntrica que define o funcionamento das estruturas de controle punitivo. Ao trazer a perspectiva das mulheres para o centro dos estudos criminológicos, denunciou as violências produzidas pela *forma mentis* masculina de interpretação e aplicação do direito penal." (Campos; Carvalho, p. 152).

Ademais, toda a lógica interventiva do sistema penal está baseada na responsabilização do autor do crime, por meio da imposição de uma pena. A pena, denunciam as teorias criminológicas referidas, especialmente a privativa de liberdade, marca característica do sistema penal, impõe sofrimento a quem a ela se submete e não a consciência do mal causado, não colaborando em nada para o despertar do reconhecimento e do respeito aos direitos do outro.

Para Karam (2015, p. 1),

> "pena significa sofrimento. O sistema penal promove desigualdade e discriminação, tendo como alvo grupos já em desvantagem social. Os indivíduos que, processados e condenados, são etiquetados de 'criminosos' – assim cumprindo o papel do 'outro', do 'mau' e, agora, do 'inimigo' – são e sempre serão necessária e preferencialmente selecionados dentre os mais vulneráveis, marginalizados, excluídos e desprovidos de poder."

Consoante outra pesquisa realizada no Distrito Federal, por Souza e Ximenes (2018), sobre a percepção do agressor nos casos de violência contra a mulher, a falta de conscientização acerca do ato praticado fica evidente. Entre os apenados, 65,4% disseram que a vítima deu causa à violência, 58,2% afirmaram não reconhecer como delito a prática de violência contra a mulher e 63,6% alegaram estarem apenas se defendendo. De acordo com a análise das autoras, sem a

2. Vale mencionar que, consoante assevera Romfeld (2015, p. 381) que a princípio, há uma aparente complementariedade entre o feminismo e a criminologia crítica, na medida em que ambos voltam sua atenção aos grupos marginalizados e vulneráveis numa sociedade capitalista, machista, racista e homofóbica (como é o caso da sociedade brasileira). No entanto, existe atualmente uma tensão constante: o feminismo tenta romper as amarras patriarcais da criminologia crítica, ao passo que esta criminologia acusa a militância feminista, como um todo, de recorrer ao sistema penal para solucionar problemas e situações de violência decorrentes de uma sociedade machista.

compreensão da prática de um crime por parte dos agressores, não há como haver, por parte dos mesmos, qualquer mudança de comportamento. E nesse sentido, a pena se torna mero sofrimento desprovido de significação.

Há de se evidenciar também que ainda que, em termos de criminalização primária, haja uma preocupação com a violência de gênero conjecturada em tipos penais, não necessariamente essa punição vai se refletir na realização da criminalização secundária. Até porque, como assevera Baratta (2002), a ação dos órgãos de investigação e judicantes é guiada por preconceitos e estereótipos.

As agências de criminalização secundária, tais como as Polícias e o Poder Judiciário, concretizam o mandamento da norma penal ao realizarem o exercício da ação punitiva sobre pessoas concretamente determinadas, já selecionadas no primeiro filtro da criminalização primária.

Já aqui os números da cifra negra apontam que os casos que chegam ao conhecimento dessas agências representam somente uma parcela bastante reduzida dos casos de violência contra a mulher. Os níveis de subnotificação da violência de gênero são bastante elevados, em razão de diversos fatores, tais como a vergonha da mulher em fazer a denúncia, a existência de ameaças por parte do agressor, bem como o temor em relação às implicações econômicas da prisão do companheiro. Ademais, quando a mulher resolve notificar a prática, muitos policiais deixam de registrar a ocorrência por entenderem tratar-se de questão referente ao âmbito privado ou fora da esfera de sua atuação (Lemgruber, 2001).

Especificamente em relação à atuação dos tribunais, estes reproduzem preconceitos e estereótipos ligados às mulheres, em prejuízo do reconhecimento de suas lutas e da legitimidade de suas demandas. (Severi, 2016).

Consoante observa Severi:

> "à medida que a problemática do acesso à justiça se fortalece no âmbito das práticas e lutas feministas, constata-se que as assimetrias de gênero ainda se reproduzem no âmbito das garantias de direitos, apesar da revogação da maioria dos textos normativos expressamente discriminatórios. As alterações legislativas e institucionais voltadas para a promoção da igualdade de gênero não significaram uma mudança na cultura judiciária ou na forma de pensar e atuar dos juízes e juízas, necessariamente. Os tribunais, de modo geral, têm atuado de modo a reforçar o estigma e a vergonha vividos pela violação dos direitos das mulheres." (Severi, 2011, p. 327).

A análise que se faz da agressão vai muito além da apreciação do comportamento no momento do crime. Espera-se que os envolvidos no conflito cumpram com seus papéis estereotipados de gênero: o homem como o bom pai de família e

a mulher como a fiel dona de casa, e esse fator é determinante para o resultado do processo. (Dias, 2000, p. 248). Observa-se, então, que "a interpretação jurídica da mulher enquanto vítima de delitos é tradicionalmente colocada à serviço de um modelo social misógino e patriarcal, sendo negada a efetiva proteção àquelas que não se enquadram nas expectativas sociais burguesas". (Portugal, 2018, p. 191).

E assim, as mulheres que não se adequam a esse padrão estereotipado de vítima tendem a ser invisíveis. (Skulj, 2013).

A culpabilização da mulher pela violência sofrida a transforma mais uma vez em vítima, agora do sistema penal, o que revela que a violência de gênero é estrutural e que os instrumentos concebidos, em tese, para protegê-la, na realidade autorizam a perpetuação das relações violentas. Assim,

> "o discurso teórico de culpabilização da vítima é um instrumento colocado à serviço da violência institucionalizada contra a mulher, apresentando suposta consistência teórica guiada a enunciar, com um novo discurso, as antigas práticas de marginalização e subalternização da mulher na sociedade. A autor-responsabilização do sujeito passivo pelo delito sofrido configura, pois, instrumento dogmático de opressão de gênero, desincumbindo o agente estatal de seu inafastável ônus de tutela." (Portugal, 2018, p. 188).

Ademais, consoante asseveram Albuquerque e Goulart (2018), ao lidar com os casos de violência doméstica o sistema de justiça tem simplificado dinâmicas absolutamente complexas, o que importa no silenciamento e negligência em relação às demandas das mulheres. Nesse sentido, defendem que

> "as instituições e o sistema punitivo – apesar de se mostrarem como 'a única alternativa' ou a única resposta para os conflitos de gênero – não conseguem sequer romper com os ciclos concretos da violência que chegam até eles. Pelo contrário: reproduzem estereótipos e estigmatizam tanto a ofendida quanto o ofensor, de modo que acabam exponencializando essa(s) violência(s)." (Albuquerque; Goulart, 2018, p. 493).

De acordo com os dados da pesquisa *Entre práticas retributiva e restaurativas: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário*, parte da série *Justiça Pesquisa*, realizada pelo CNJ, as mulheres que buscam o poder judiciário, após sofrerem episódio de violência doméstica, afirmaram sentirem-se frustradas e não ouvidas. Relataram ser o tempo de tramitação do processo muito longo, se sentirem revitimizadas durante o feito, que somente se utilizariam do processo novamente ou o recomendariam a alguém por falta de opção e que elas e os autores saíam das audiências sem entender o que havia acontecido, sendo necessárias

explicações sobre o ocorrido por parte dos psicólogos e assistentes sociais. Ademais, dos 24 juízes analisados, que trabalhavam em varas especificas de violência doméstica e familiar contra a mulher, somente 4 tinham algum tipo de capacitação especifica na área. (Conselho Nacional de Justiça, 2018).

Ainda sob a justificativa de proteger a mulher, o Estado a obriga a suportar um processo contra o agressor, ainda quando ela revele seu desinteresse em fazê-lo. O sistema penal retira a possibilidade da mulher vítima de violência física, de natureza leve, manifestar-se ao determinar a obrigatoriedade da persecução do ato contra ela praticado, decisão tomada pelo STF quando do julgamento da ADIN 4.424.

Duas disposições presentes originalmente previstas na Lei Maria da Penha pareciam contradizer-se, gerando dúvidas acerca da natureza da ação penal nos casos mencionados. O artigo 16, ao prever que "nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei [violência doméstica ou familiar contra a mulher], só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público" parecia indicar que se tratava de ação pública de natureza condicionada. Contrariamente, o artigo 41, ao disciplinar que aos "crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099/95", apontava para a natureza de pública incondicionada da ação penal.

Com a decisão do STF a celeuma acerca da natureza da ação penal nos casos de lesão corporal de natureza leve contra a mulher, mas de modo a reafirmar a ideologia patriarcal e a discriminação contra a mulher, negando-se a ela a liberdade de escolha (Karam, 2015).

O que se evidencia, nesse contexto, é que "as ações positivas que se desenham no âmbito da violência de gênero partem da construção de perfis com elementos biologicistas, estereótipos de classe e étnico-culturais que se dirigem a proteger uma mulher débil, submetida a suas emoções e que é incapaz de tomar decisões autônomas" (Skulj, 2013, p. 101). E mais uma vez se demonstra que o sistema penal não pode ser bem-sucedido na tarefa de coibir a violência contra a mulher.

5. Conclusão

Não há nenhum elemento concreto, biológico, que justifique a inferiorização histórica que as mulheres têm sido obrigadas a suportar, sendo ela explicada por uma ideologia de gênero que confere papéis sociais diferentes a homens e mulheres e naturaliza a violência discriminatória contra elas.

O problema da violência contra a mulher é uma questão de direitos humanos e permitir a continuidade desse processo histórico de subjugação da mulher é uma afronta à sua dignidade.

Contudo, não basta a adoção de medidas meramente simbólicas, que tem como discurso o combate à violência, o que somente esvazia a demanda feminina e feminista pela garantia de seus direitos. Quando se propõe a utilização de mecanismos incapazes de solucionar o problema só estamos fingindo que a questão merece ser combatida, mas nenhuma atenção real está sendo dada a ela.

É isto o que se faz quando se propugna a prevenir e punir a violência por meio do sistema penal. Consoante assevera Karam (2015, p. 1),

> "repressão penal, qualquer que seja sua direção, em nada pode contribuir para o reconhecimento e garantia dos direitos humanos fundamentais, tampouco podendo trazer qualquer contribuição para a superação de preconceitos ou discriminações, até porque preconceitos e discriminações estão na base da própria ideia de punição exemplificativa, que informa e sustenta o sistema penal."

O sistema penal não previne, não faz transformações sociais, reproduz as assimetrias e os preconceitos presentes na sociedade, é seletivo, é violento, impõe sofrimento a todos os envolvidos no conflito, é discriminatório e por essas razões não pode resolver o complexo problema da violência contra a mulher.

6. Bibliografia

ALBUQUERQUE, Laura Gigante; GOULART, Domenique Assis. "Não me vejo na palavra fêmea, alvo de caça, conformada vítima": a insuficiência narrativa estatal perante as demandas de violência doméstica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 150, p. 481-513., dez. 2018.

ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. *A mulher, discriminação e violência:* uma questão de direitos humanos. Direito Público. Porto Alegre, ano 5, n.23, p. 07-30, set./out. 2008.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 50, p. 71-102, jul. 2005.

ATLAS DA VIOLÊNCIA 2018. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf]. Acesso em: 02.04.2019.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal:* introdução à sociologia do direito penal. 3.ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARBOSA, Marcela Dias; BORGES, Paulo César Corrêa. Trabalho sexual, estupro e sistema de justiça criminal: uma análise crítica à partir do feminismo de terceiro mundo. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, [online],v.12, n.2, p. 387-407, 2017.

BELLOQUE, Juliana Garcia. Direito penal em debate – Feminicídio: o equívoco do pretenso direito penal emancipador. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 23, n. 270, p. 3-4., mai. 2015.

BLAY, Eva Alterman. *Violência contra a mulher e políticas públicas*. Estud. avançados, São Paulo , v. 17, n. 49, p. 87-98, Dec. 2003 . 6.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; CAMPOS, Carmen Hein de. Sistema de justiça criminal e perspectiva de gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 146, p. 273-303., ago. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha.* 2018. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/files/publicacoes/arquivo/5f271e3f54a853da92749ed051cf3059_18ead26dd2ab9cb18f8cb59165b61f27.pdf]. Acesso em: 02.04.2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Entre práticas retributiva e restaurativas:* a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário. 2018. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/04/69f98306e01d7a679720c82bf016b8ea.pdf]. Acesso em: 24.04.2019.

COUTO, Maria Cláudia Girotto do. *Lei Maria da Penha e princípio da subsidiariedade:* diálogo entre um direito penal mínimo e as demandas de proteção contra a violência de gênero no Brasil. São Paulo: IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2017.

DIAS, Maria Berenice. A mulher é vítima da justiça. Direito e Democracia: *Revista do Centro de Ciências Jurídicas – Universidade Luterana do Brasil*, Canoas, v. 1, n. 2, p. 247-254, 2000.

EDWARDS, Susan. La función simbólica del derecho penal: violencia doméstica. Pena y Estado: *Revista Hispanolatinoamericana*, Buenos Aires, n. 1, p. 83-89., set./dez. 1991.

GINDRI, Eduarda Toscani; BUDÓ, Marília de Nardin. A função simbólica do direito penal e sua apropriação pelo movimento feminista no discurso de combate à violência contra a mulher. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, [online], v. 19, n. 19, p. 236-268, jan./jun. 2016. Disponível em: [http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/651/461]. Acesso em: 12.09.2016.

GOMES, Izabel Solyszko. Feminicídios: um longo debate. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 26, n.2, p. 1-16, 2018.

KARAM, Maria Lúcia. *Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas*. Justificando, 13 de março de 2015. Disponível em: [http://www.justificando.com/2015/03/13/os-paradoxais-desejos-punitivos-de-ativistas-e-movimentos-feministas/]. Acesso em: 25.02.2019.

KARAM, Maria Lucia. A esquerda punitiva. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade,* Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 79-92, 1996.

LARRAURI PIJOAN, Elena. É neutro o direito penal? O mau-trato às mulheres no sistema penal. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 8-22, jan./fev. 1993.

LEMGRUBER, Julita. A mulher e o sistema de justiça criminal: algumas notas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo*, v. 9, n. 36, p. 370-382, out./dez. 2001.

LEONARDO, Francisco Antonio Morilhe. A persistência da violência contra a mulher. Em Tempo: *Revista da área de direito do UNIVEM*, Marília, n. 16, p. 346-364., anual. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Raio X do feminicídio em São Paulo: é possível evitar a morte*. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo_de_Genero/Feminicidio/2018%20-%20RAIOX%20do%20FEMINICIDIO%20pdf.pdf]. Acesso em: 02.04.2019.

PORTUGAL, Daniela Carvalho. "Blaming the victim" o comportamento vitimal à luz da criminologia feminista. In: *Questões de gênero: uma abordagem sob a ótica das ciências criminais*. Organização de Mariângela Gama de Magalhães GOMES, Chiavelli Facenda FALAVIGNO, Jéssica da MATA. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

ROMFELD, Victor Sugamosto. Criminologia Crítica e a lei Maria da Penha: uma relação (in)conciliável?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 120, a. 24, p. 379-408, mai,/jun. 2016.

SABADELL, Ana Lúcia; PAIVA, Livia de Meira Lima. Diálogos entre feminismo e criminologia crítica na violência doméstica: justiça restaurativa e medidas protetivas de urgência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo*, v. 27, n. 153, p. 173-206., mar. 2019.

SCOTT, Joan. *Gênero:* uma categoria útil para análise histórica. Tradução de Christine Rufino Dabat e Maria Betânia Ávila. Nova Iorque: Columbia University, 1989.

SEVERI, Fabiana Cristina. Direitos humanos das mulheres e a transversalidade de gênero no sistema de justiça. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, v. 15, n. 22, p.325-339, jul./dez. 2011.

SEVERI, Fabiana Cristina. O gênero da justiça e a problemática da efetivação dos direitos humanos das mulheres. *Revista Direito & Práxis*, Rio de janeiro, v.7, n.13, p. 81-115, 2016.

SKULJ, Agustina Iglesias. Violencia de género en América Latina: aproximaciones desde la criminología feminista. Delito y Sociedad. *Revista de Ciencias Sociales*, Buenos Aires, v. 1, n. 35, p. 94-110., 2013.

SOUZA, Iara Rabelo de; XIMENES, Júlia Maurmann. A percepção do condenado sobre a violência contra a mulher: a dominação na cultura de gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 146, n. 26, p. 373-396, ago. 2018.

SOUZA, Luciano Anderson de; YANG, Eloisa. O crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência e o desafio em torno da violência de gênero. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 26, n. 306, p. 12-13., mai. 2018.

STREY, Marlene Neves. Violência e gênero: um casamento que tem tudo para dar certo. In: GROSSI, Patrícia K. (org.). *Violências e gênero: coisas que a gente não gostaria de saber.* 2.ed. Porto alegre: EDIPUCRS, 2012. p. 51-72.

TELES, Maria Amélia de Almeida. O protagonismo das vítimas de violência doméstica e familiar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 86, p. 381-392., set./out. 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalización y sistema penal en América Latina: de la seguridad nacional a la urbana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 13-23., out./dez. 1997.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- "Não me vejo na palavra fêmea, alvo de caça, conformada vítima": a insuficiência da narrativa estatal perante as demandas de violência doméstica, de Laura Gigante Albuquerque e Domenique Assis Goulart – *RBCCrim* 150/481-513 (DTR\2018\22454);
- A percepção do condenado sobre a violência contra a mulher: a dominação na cultura de gênero, de Iara Rabelo de Souza e Julia Maurmann Ximenes – *RBCCrim* 146/373-396 (DTR\2018\18307);
- Diálogos entre feminismo e criminologia crítica na violência doméstica: justiça restaurativa e medidas protetivas de urgência, de Ana Lucia Sabadell e Lívia de Meira Lima Paiva – *RBCCrim* 153/173-206 (DTR\2019\23904);
- Feminicídio: uma análise da violência de gênero no Brasil, de Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Fabiano Porto Francisco – *RT* 999/369-404 (DTR\2018\22792);
- Punir, restaurar ou transformar? Por uma justiça emancipatória em casos de violência doméstica, de Cecília MacDowell Santos e Isadora Vier Machado – *RBCCrim* 146/241-271 (DTR\2018\18281); e
- Questões de poder e as expectativas das vítimas: dilemas da judicialização da violência de gênero, de Guita Grin Debert e Tatiana Santos Perrone – *RBCCrim* 150/423-447 (DTR\2018\22451).

Parecer: Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil como Assistente do Ministério Público no Marco do Processo Penal brasileiro

Opinion: sectional council of the Brazilian Bar Association as assistant to the public prosecutor in the context of the Brazilian criminal proceedings

Geraldo Prado

Professor de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).
geraldoprado@terra.com.br

Áreas do Direito: Administrativo; Penal

Resumo: A teoria dos sujeitos processuais constitui como que uma parte geral dos Códigos de Processo Penal. Com efeito, a centralidade do tema reclama que se considere previamente a estrutura do processo e as tarefas principais que são cometidas ao processo penal pela Constituição da República. O estudo apresentado a partir de dados oferecidos em um caso concreto analisa as possibilidades de intervenção legítima dos Presidentes dos Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil, na qualidade de assistentes, em investigações criminais e processos penais em que sejam ofendidos os inscritos no quadro de advogados da OAB, hipóteses de ilegitimidade dessa intervenção e as consequências jurídicas de eventual conflito entre a mencionada intervenção e a delimitação constitucional da pertinência subjetiva em processos criminais.

Palavras-chave: Sujeitos processuais – Assistente de acusação – Ordem dos Advogados do Brasil – Paridade de armas.

Abstract: The theory of subjects in criminal process represents a general part of Criminal Procedure Code. Due to its relevancy, it is important a prior consideration of the legal process' structure and the main duties given by the Constitution to criminal process. The study based on data from a concrete case analyses the possibility of legitimate intervention by the President of Regional Council of the Brazilian Bar Association, as assistant, in criminal investigation and criminal process in which the offended is a Bar member, the illegitimate hypotheses and the legal consequences of conflicts between intervention and constitutional delimitation of its adequacy in criminal process.

Keywords: Subjects in criminal process – Accusation's assistant – Brazilian Bar Association – Equality of arms.

Prado, Geraldo. Parecer: Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil como Assistente do Ministério Público no Marco do Processo Penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 161. ano 27. p. 333-363. São Paulo: Ed. RT, novembro 2019.

Sumário: Consulta. Os sujeitos do processo penal: desafio teórico e implicação prática relativamente ao caso concreto. Apresentação do problema. O processo e os sujeitos do processo. Os sujeitos do processo, partes e assistentes em um processo penal cuja acusação é privativa do Ministério Público. A Ordem dos Advogados do Brasil como assistente em processo penal. Nulidade por intervenção de assistente de acusação não legitimado. Bibliografia.

Consulta

1. Este artigo corresponde, com alterações, a parecer emitido, a partir de consulta realizada pelo culto advogado Yuri Felix, em processo penal no âmbito do qual o magistrado admitiu Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil como assistente do Ministério Público no marco do processo penal brasileiro.

2. O tema é interessante. Trata-se de dois questionamentos, que estão interligados: a) sobre se a previsão legal de que os Presidentes dos Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil têm legitimidade para intervir, na qualidade de assistentes, em inquéritos e processos em que sejam ofendidos os inscritos na OAB conflita com a delimitação constitucional da pertinência subjetiva em processos criminais; b) e, em caso de resposta que reconheça o conflito, que consequências jurídicas advêm de uma intervenção do gênero, questionamentos que se convertem nos quesitos: *1º* Os Presidentes dos Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil sempre têm legitimidade jurídica para intervir, na qualidade de assistentes, em inquéritos policiais e processos criminais em que sejam ofendidos os inscritos na OAB no quadro de advogados? *2º* Na hipótese de eventual intervenção do gênero conflitar com a delimitação constitucional da pertinência subjetiva em processos criminais, que consequências jurídicas decorreriam desse conflito?

3. No caso que inspirou a emissão do parecer jurídico, o culto magistrado deferiu a habilitação do assistente por entender que a vítima era advogado e o requerimento estava respaldado no artigo 49, parágrafo único, da Lei 8.906, de 04 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil).

4. O estudo será iniciado pela análise da questão concernente a natureza e fundamento da intervenção dos Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil, na qualidade de assistentes, em inquéritos policiais e processos criminais em que sejam ofendidos os inscritos na OAB. Em seguida serão considerados os aspectos pertinentes à validade jurídica dos atos processuais no contexto referido na consulta.

Prado, Geraldo. Parecer: Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil como Assistente do Ministério Público no Marco do Processo Penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 161. ano 27. p. 333-363. São Paulo: Ed. RT, novembro 2019.

Os sujeitos do processo penal: desafio teórico e implicação prática relativamente ao caso concreto

Apresentação do problema

5. Nos itens subsequentes serão referidos e tratados os conceitos e noções jurídicas relacionados ao tema da assistência ao Ministério Público no processo penal brasileiro, designada pela doutrina de "assistência de acusação".

6. O estudo inicia, no entanto, com a descrição de algumas hipóteses em forma de questionamento. Em caso de inércia do Ministério Público ao final da investigação criminal, o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, por seu Presidente, está legitimado a propor ação penal por furto de 200 reais da vítima, advogado, aproveitando-se o agente da distração do lesado, que se banhava ao mar deixando sua carteira de dinheiro desprotegida nas areias da praia? Em caso de inércia do Ministério Público ao final da investigação criminal, o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, por seu Presidente, está legitimado a propor ação penal por estelionato contra a vítima, advogado, enganada em uma fictícia aquisição de uma televisão para uso doméstico? Esses casos enquadram-se no que Renato Vieira designa como "assistência defensiva", regulada pelo artigo 49, parágrafo único, da Lei 8.906/94?[1]

7. Muito embora à primeira vista a consulta sugira uma resposta simples, conforme o texto de lei, as situações hipotéticas retratadas no item anterior indiciam complexidade que requisita sejam investigados conceitos e noções próprios ao processo penal brasileiro, delineado constitucionalmente, a reclamar compreensão orgânica e funcional quanto aos sujeitos processuais e aos casos que autorizam sua intervenção válida. Para iluminar o estudo, convém lembrar que o artigo que fundamentou a admissão do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil no caso concreto tem a seguinte redação:

> "Art. 49. Os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para agir, judicial e extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins desta lei.
>
> Parágrafo único. As autoridades mencionadas no caput deste artigo têm, ainda, legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB."

1. VIEIRA, Renato Stanziola. *Paridade de armas no processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 134.

8. O parecer está estruturado de modo a apresentar a trajetória dos conceitos jurídicos de parte, assistente e poderes jurídicos da parte no processo penal. O cenário no qual esses conceitos serão aplicados – o processo criminal – igualmente demandará ser compreendido à luz das balizas e dos objetivos constitucionais que lhes foram atribuídos. Depois disso, aceitando-se a tese de que o preceito dispositivo do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil deve ser interpretado restritivamente, o estudo prosseguirá interpelando sobre como isso é possível e que consequências jurídicas acarreta para o processo concreto o fato de se admitir assistência incabível na hipótese.

O processo e os sujeitos do processo

9. Ao comentar sobre os participantes do processo no contexto do então novo Código de Processo Penal português, o jurista Jorge de Figueiredo Dias salienta que a teoria dos sujeitos processuais constitui "como que uma 'parte geral' dos códigos de processo penal, mal havendo por conseguinte um problema central deste ramo do direito que a partir da teoria dos sujeitos não deva ser perspectivado e dela não receba uma específica caracterização".[2]

10. Sem embargo de concordar com o catedrático de Coimbra, o presente estudo apoia-se na premissa de que uma adequada "teoria dos sujeitos do processo penal" não pode ser advertida de uma qualquer observação, quer *estática*, quer *dinâmica*, dos mencionados sujeitos sem considerar previamente a estrutura do processo penal e as tarefas principais que são cometidas ao processo penal pela Constituição da República.

11. Esse é, sem dúvida, um desafio que se coloca aos teóricos do direito processual penal que, particularmente no Brasil, em sua ampla maioria, foram fiéis à teorização da ação e do processo a partir das categorias esboçadas na esfera do direito processual civil italiano e brasileiro. Em um quadro de referências extraído do processo civil não havia como evitar que sua transposição para o processo penal pudesse ter ocorrido isenta de contaminações e equívocos.[3]

---

2. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal. In: CEJ (Org.). *Jornadas de Direito Processual Penal*: o novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1988. p. 5.

3. Em trabalho de excepcional fôlego o jurista Ricardo Gloeckner rastreia as influências, desvios interpretativos e impróprias conceituações fruto de uma presumida possibilidade metodológica de se passar do direito processual civil ao direito processual penal fazendo apenas *adaptações* por hipótese referidas a nuances de um ou de outro direito

12. Inicia-se, assim, pela identificação do processo penal como "dispositivo" que organiza o método de verificação de determinado fato ao qual *a priori* se atribui a qualidade de infração penal. O processo penal é, pois, por esse ângulo, um dispositivo de cariz epistemológico porque pretende ser instrumento de constatação de uma "verdade" que legitime o exercício do poder penal. Mas tem também, inevitavelmente, uma feição jurídica, uma vez que impõe limites à "busca da verdade" e posiciona o juiz criminal no centro das atividades para respeitar e fazer respeitar esses limites.[4]

13. A existência de uma liga entre verdade, prova e processo penal configura condição de possibilidade de um processo penal conformado aos mandamentos do Estado de Direito e nestes termos a presunção de inocência constitui o seu princípio reitor. O *status* superior ostentado pela presunção de inocência decorre de sua positivação na Constituição da República, em caráter inédito em nossa história constitucional, e pelo significado que a norma constitucional traduz e irradia para o ordenamento jurídico penal brasileiro.[5]

14. A presunção de inocência rege o processo penal e apenas por meio do processo considerar-se-á válida a condenação de alguém.[6] Nesse sentido, a proibição

material (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch-Empório do Direito, 2018).

4. Art. 5º, CRFB. 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:

   [...]

   LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

5. Art. 5º, CRFB. 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:

   [...]

   LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

6. Sobre o conceito construído a partir do consenso dogmático acerca do papel funcional da presunção de inocência: "Frente a todo lo anterior, el mejor entendimiento del principio de la presunción de inocencia ha sido desarrollado de forma monográfica por Stuckenberg – quien habla significativamente del «valor normativista de la presunción de inocencia» -, concepto al que Roxin y otros se han adherido. Dicho *nuevo* concepto no pasa tanto por una suerte de realidad procesal de un encausado todavía inocente, sino por la existencia misma del proceso. Es en la superveniencia del proceso como

de desautorização do processo, efeito direto da presunção de inocência, encontra perfeita tradução no axioma "não há pena sem processo", máxima garantista que Luigi Ferrajoli designa como fundamental, em uma perspectiva de estrita jurisdicionalidade do castigo. A obrigatoriedade do processo, no entanto, não é algo que possua valor por si, a ponto de dispensar o trabalho intelectual de redução de sua complexidade por intermédio da captação das funções do próprio processo penal.

15. "Processo", nesse caso, não significa qualquer tipo de processo jurisdicional. A condição de "dispositivo" de definição da responsabilidade penal da pessoa acusada da prática de uma infração penal reclama que o "processo" seja concebido a partir de uma perspectiva analítica que considere sua função e finalidade.

16. Assim, se o juízo de partida de toda investigação penal é a incerteza, em razão da presunção de inocência, e a punição estará legitimada apenas quando superado este estado de incerteza, o tipo de "processo" adequado constitucionalmente é aquele que se caracteriza por viabilizar o conhecimento da infração penal e sua autoria em um esquema lógico e jurídico que esteja apto a apoiar a decisão em um determinado contexto de "verdade".

17. Luigi Ferrajoli ressalta, portanto, a força jurídico-política do esquema epistemológico e normativo que, a partir do nexo entre verdade e legitimidade, definirá "a natureza específica da jurisdição no moderno estado de direito".[7]

18. Com efeito, a definição do *nulla poena sine iudicio* requisita que se compreenda a função (re)cognitiva do processo, assumido como condição para fundamentar a obrigatoriedade da decisão que seja adotada,[8] de modo a cobrar que o processo esteja estruturado e seja capaz de se constituir em terreno jurídico de verificação e refutação das teses antagônicas deduzidas pela acusação e defesa.

---

tal, donde el principio de la presunción de inocencia hunde sus raíces y encuentra su fundamento; exclusivamente. A través del concepto de proceso y de su subsistencia se logra superar la sensación de que la presunción de inocencia es una mera fórmula ampulosa vacía de contenido. La función del proceso penal reside en fundamentar la obligatoriedad de la decisión que sea adoptada" (SÁNCHES-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Variaciones sobre la presunción de inocencia*. Análisis funcional desde el derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 35).

7. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón:* teoría del garantismo penal. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 36-97 (particularmente nas páginas 69 e 95).

8. SÁNCHES-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Variaciones sobre la presunción de inocencia*, obra citada. p. 37.

19. A configuração do processo penal como "dispositivo" de verificação de uma determinada verdade – ou melhor, da constatação do caráter verdadeiro da acusação – leva em consideração o fato de que a verdade perseguida no curso do processo penal, como meta na ultrapassagem de um estado de incerteza para o de certeza, não tem uma "natureza ontológica", tampouco encontra-se acessível para, como em um passe de mágica, conduzir os sujeitos processuais a uma viagem no tempo, ao passado, para perceber os fatos como na realidade ocorreram.

20. O denunciado aspecto complexo do recorte da realidade que se torna objeto do processo penal está associado, como salienta Winfried Hassemer, a elementos normativos de ordem penal (particularidades de uma realidade maior), e ao interesse jurídico de que os sujeitos são titulares, no sentido de demonstrar ou refutar a existência desses fatos específicos (tipo de injusto penal ou o álibi), extraídos de um complexo maior (a realidade), operação realizada consoante parâmetros de respeito aos direitos humanos que demarcam o estado de direito.[9]

21. Michele Taruffo assinala que "o processo constitui um contexto jurídico".[10] Não se trata, pois, de pesquisar quaisquer fatos, ainda que possam ter relevância política, econômica, cultural etc. O contexto que delimita a investigação é jurídico e, como menciona Taruffo, "no processo os fatos em relação aos quais há de se estabelecer a verdade são identificados sobre a base de critérios jurídicos, representados essencialmente por normas que se consideram aplicáveis para decidir a controvérsia específica".[11]

22. Nesse terreno, a "verdade" cumpre a função de indicador epistêmico e serve ao propósito de distinguir – teoricamente e em relação às suas consequências práticas – um tipo de processo baseado na pesquisa e demonstração dos fatos penalmente relevantes, sob a inspiração de limites éticos, daquele fundado na determinação da responsabilidade penal a partir do consenso ou em bases caprichosas, insondáveis por meio de critérios de aferição adequados.

23. A adoção da categoria "verdade" como indicador epistêmico revela-se, pois, funcional ao fim de dotar o processo de uma meta e simultaneamente

9. HASSEMER, Winfried. *La verdad y la búsqueda de la verdad en el proceso penal*: la medida de la Constitución. México: Ubijus Editorial, 2009. p. 18.

10. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002. p. 90.

11. Tradução livre. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, obra citada. p. 91.

definir os limites éticos, políticos e jurídicos da atividade de investigação da verdade material.[12] O contexto jurídico do processo resulta da eleição política do Estado de Direito que é por si fruto de uma escolha ética.

24. Para compreender a opção teórica releva notar, pois que se recorre à categoria oriunda do rico pensamento de Michel Foucault, que este autor caminhou da "arqueologia do saber" e, portanto, da *episteme* como objeto de "descrição arqueológica", para a genealogia do poder, com a introdução do "dispositivo" como categoria central de uma nova perspectiva analítica que, notando as limitações da enunciação dos discursos das diferentes *epistemes*, incapazes de descrever as mudanças, mas somente apontar para o resultado delas, cobrou de si a postura de análise do poder e de suas relações entre o "discursivo e o não discursivo".[13]

25. Esse salto consiste no emprego da ferramenta teórica do "dispositivo", de inspiração em Foucault.

26. Segundo Rui Cunha Martins, o estatuto do "dispositivo" irá se caracterizar pelas "cadeias de variáveis relacionadas entre si, produzindo, nessa interpenetração, determinadas linhas de força e determinadas linhas de fratura, mas resistindo a apresentar-se como entidades dotadas de contornos bem definidos".[14]

27. Interessante observar que Foucault, segundo Giorgio Agamben, se valerá do "dispositivo" estrategicamente, no curso de seu pensamento, ao se ocupar das questões de "governabilidade" ou de "governo dos homens".[15] De acordo com Agamben, o termo técnico "dispositivo" serve para designar:

> "a. [...] um conjunto heterogêneo, linguístico e não-linguístico, que inclui virtualmente qualquer coisa no mesmo título: discursos, instituições, edifícios, leis, medidas de polícia, proposições filosóficas etc. O dispositivo em si mesmo é a rede que se estabelece entre esses elementos.

12. Perspectiva complementar, em minha opinião, é a de Ronald Dworkin, que joga com o critério binário de conceito criterial e conceito interpretativo para elucidar a função da "verdade" no discurso moral (DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho*: justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 262-265).

13. CASTRO, Edgardo. *Vocabulário de Foucault*: um percurso pelos seus temas, conceitos e autores. Trad. Ingrid Müller Xavier. Belo Horizonte: Autêntica, 2009. p. 124.

14. MARTINS, Rui Cunha. *O método da fronteira*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 18.

15. AGAMBEN, Giorgio. *O que é um dispositivo & O que é um amigo*. Trad. Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2014. p. 24.

> b. O dispositivo tem sempre uma função estratégica concreta e se inscreve sempre numa relação de poder.
>
> c. Como tal, resulta do cruzamento de relações de poder e de relações de saber."[16]

28. A introdução de uma categoria estratégica dessa ordem para analisar o modo como no Brasil são articuladas as práticas jurídicas que arbitram responsabilidade penal projeta um ganho de qualidade que reflete, por exemplo, na percepção do tipo de relação que pode ser validamente estabelecida entre os diversos sujeitos do processo e de que recursos eles necessitam para alcançar seus objetivos, bem como que deveres lhes são impostos.

29. Como o "dispositivo" é composto de elementos "discursivos" e "não discursivos", a apreensão dos elementos não discursivos revela as franjas por onde as práticas contrárias aos mandamentos constitucionais escapam de qualquer espécie de controle democrático e republicano inerente à normatividade constitucional.

30. A reorientação do "dispositivo processual" requisita uma nova elaboração teórico-prática das atividades probatórias que remete ao início da persecução penal, com a valorização concreta da análise dos elementos probatórios. Nesse ponto, convém trazer a lembrança o já citado texto de Jorge Figueiredo Dias, que sublinha o fato, aparentemente estranho aos juristas brasileiros, de que "o processo penal se inicia com a aquisição da *notitia criminis*".

31. Prossegue o catedrático de Coimbra afirmando que "é assim decerto porque terá considerado, a justo título quanto a mim, ser esta a melhor forma de dar consistência aos direitos e garantias das pessoas eventualmente visadas na notícia do crime... não permitindo a existência... de fases pré ou extraprocessuais".[17]

32. Ser o processo penal um "dispositivo" que a um tempo contemple a "busca da verdade" e a defesa dos direitos e garantias do imputado desde a notícia crime importa estabelecer limites a práticas, assim como implica a redefinição de regras jurídicas estabelecendo, não somente o que as partes e demais sujeitos processuais *podem* ou não fazer – desde a notícia crime, reitere-se – mas, ainda,

16. AGAMBEN, Giorgio. *O que é um dispositivo & O que é um amigo*. Trad. Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2014. p. 25.

17. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal. In: CEJ (Org.). *Jornadas de direito processual penal*: o novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1988. p. 7.

fixando objetivos públicos que convertem a maioria das ações, particularmente as de caráter persecutório, em atividades orientadas pelo princípio da impessoalidade.

33. Pela tradição vigente no processo penal brasileiro considera-se que este tem início com o oferecimento de denúncia ou queixa.[18] É de notar, porém, que a formalização da acusação por denúncia ou queixa em regra é precedida por atos visando o esclarecimento da notícia crime e que ao longo deste procedimento, na maior parte das vezes oficial, os direitos constitucionais da pessoa submetida à investigação devem ser restringidos.[19]

34. De toda maneira, cabe frisar que ainda que no Brasil prevaleça a tradição que distingue etapas pré-processuais das processuais, deixando muitas vezes sem respostas satisfatórias questões pertinentes à contração de direitos e garantias individuais do imputado, como advertiu Figueiredo Dias na passagem mencionada linhas atrás, fato é que para a autoridade policial a investigação oficial da notícia crime é obrigatória quando se trata de crime de ação penal pública.

35. A obrigatoriedade da investigação criminal disciplinada no artigo 5º do Código de Processo Penal (CPP) traduz algo que diz diretamente com as funções atribuídas constitucionalmente ao referido "dispositivo" e o condiciona, estrutural e organicamente, a ponto de fazer desaparecerem os motivos para a nossa doutrina distinguir entre os sujeitos do processo "interessados" e "sujeitos parciais" ou "partes", como o faz Renato Vieira.[20]

---

18. Art. 24, CPP. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

    Art. 41, CPP. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

19. Art. 5º, CRFB. 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:

    [...]

    LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

20. Em sua tese fundamental sobre a paridade de armas o jurista dedica páginas à conceituação de «parte», de inegável importância, adotando "noção estritamente processual de parte" (VIEIRA, Renato Stanziola. *Paridade de armas no processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 103).

36. Ainda que Vieira tenha dado um enorme passo avante e para fora da armadilha conceitual inspirada na processualística civil de matriz italiana, os resquícios da citada influência, rejeitada por Figueiredo Dias, podem ser encontrados na ideia de definição das "partes" à vista do antagonismo entre "acusação" e "defesa" caracterizado pelo "pedido": quem "pede" é parte; e o é também aquele em face de quem se "pede".[21]

37. A dificuldade que se coloca nesses termos deriva de se considerar "processo criminal" exclusivamente o procedimento iniciado por denúncia ou queixa, deixando de fora ampla gama de atos que, por necessariamente constrangerem direitos fundamentais – nunca é demais ser repetitivo no ponto e relembrar o catedrático de Coimbra –, são expressão de exercício de poder processual como, aliás, também sublinha Franco Cordero: "L'azione è un potere della parte. L'automatismo inquisitorio, infatti, la ignora: l'apparato lavora ex officio; lo stesse organo investiga su possibili reati, raccoglie notizie, acquisisce prove, giudica."[22]

38. Renato Vieira busca equacionar o reconhecimento da existência de direitos e garantias individuais pretéritos ao processo, para a tese específica que defende, sobre a paridade de armas, em uma qualificação do antagonismo que opõe "acusação" e "defesa" antes mesmo do processo, um "antagonismo dos interesses em jogo".[23]

39. Esse antagonismo apenas faz sentido constitucionalmente à luz das funções atribuídas ao processo penal – determinação da responsabilidade criminal com base em provas, mas em atividade ordenada e limitada juridicamente – em um contexto que não prestigie pelo lado da acusação interesses particulares.

40. Vieira percebeu esse ponto ao assinalar que: a) a acusação dispõe de "poderes típicos" que são exercidos "antes que ela se formalize no processo, ou seja, são prodrômicos"; b) e que o exercício desses poderes eventualmente importa em requisitar inquérito policial, requerer medidas cautelares patrimoniais e pessoais etc.[24]

21. VIEIRA, Renato Stanziola. *Paridade de armas no processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 104.

22. CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Nona edizione. Milano: Giuffrè, 2012. p. 399.

23. VIEIRA, Renato Stanziola. *Paridade de armas no processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 111.

24. VIEIRA, Renato Stanziola. *Paridade de armas no processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 110.

41. São palavras do autor paulista:

> "Logicamente, a atribuição de tais oportunidades processuais decorre da defesa do interesse coletivo e transindividual no processo penal, pois importa à sociedade que o Estado tenha meios tão eficazes quanto juridicamente possíveis para perseguir e punir os crimes e aqueles que os praticam."[25]

42. Os citados interesses do acusador são também a razão de ser da "obrigatoriedade da investigação criminal", em crimes de ação penal pública, na medida em que descrevem pretensões inconfundíveis com interesses particulares, ainda que tais interesses particulares sejam de natureza patrimonial (reparação do dano causado pelo delito).

43. O perímetro delimitado à pertinência subjetiva quer da acusação em uma noção mais alargada de processo, como a portuguesa, desde a notícia crime, portanto, quer da acusação em sua versão mais concisa, como a brasileira, que reconhece que há processo somente em seguida ao oferecimento da denúncia ou queixa, tem inequívoco caráter público e o foco desse caráter público é a questão penal que toma a forma da interrogação: o imputado é penalmente responsável pela conduta que lhe é atribuída?

Os sujeitos do processo, partes e assistentes em um processo penal cuja acusação é privativa do Ministério Público

44. O significado jurídico-processual dessa consideração de que é o interesse público de natureza jurídico-penal que mobiliza a investigação e o processo criminal, o estruturando para "buscar a verdade consoante limites ético-jurídicos", define o estatuto jurídico dos sujeitos processuais.

45. Em se tratando de definir pelo processo a responsabilidade criminal de alguém, o juiz deverá atuar imparcialmente. O que caracteriza a imparcialidade do juiz, segundo Enrique Bacigalupo, é a verificação da "*distância legalmente determinada* entre o tribunal e as partes" (grifo nosso), que materialize substancialmente o caráter de árbitro, terceiro desinteressado, que grava a jurisdição nos tempos modernos.[26]

---

25. VIEIRA, Renato Stanziola. *Paridade de armas no processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 110.

26. BACIGALUPO, Enrique. *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 93. Aragoneses Alonso advertirá que a imparcialidade, como princípio superior do processo, serve para assegurar a heterocomposição e implica duplo dever do juiz:

46. Do conhecido e citado caso Piersack (Sentença Piersack, de 01 de outubro de 1982, proc. 1982/6) são extraídos os seguintes critérios:

> "a) a imparcialidade define-se como ausência de prejuízos ou parcialidades e sua existência deve ser apreciada tanto subjetiva como objetivamente; b) enquanto que o aspecto subjetivo implica a aferição sobre a convicção pessoal de um juiz parcial em um caso, o aspecto objetivo se vincula com o fato de que o juiz ofereça as garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável; c) no aspecto objetivo, todo juiz em relação ao qual possa haver razões legítimas para duvidar de sua imparcialidade deve abster-se de conhecer o caso, pois o que está em jogo é a confiança que os tribunais devem inspirar aos cidadãos em uma sociedade democrática".[27]

47. Do Ministério Público, que é parte no processo e é parte acusadora para que o juiz não o seja, não se pode exigir imparcialidade. Seria contraditório e isso é bem percebido pela maioria dos autores, prescindindo-se de citar referências por demais conhecidas do leitor qualificado deste estudo.

48. O fato de não se poder cobrar "imparcialidade" de um "sujeito parcial", não significa que a esse sujeito, que acusa em um contexto jurídico de verificação da responsabilidade penal do imputado, portanto, que age limitado por condicionantes ético-jurídicos e desligado de pretensões particulares, como mencionado no item nº 43, não se deva exigir uma atuação impessoal. Ao revés, a impessoalidade é condição de validade jurídica dos atos que vier a praticar, quer na investigação criminal, quer na fase de instrução probatória.[28]

---

a) exige-se que observe de forma criteriosa o princípio da audiência bilateral (*audita et altera pars)*; b) e que aplique a lei com abstração de tudo o que não seja o material aportado ao processo, demitindo-se de toda consideração subjetiva que influa no resultado (apud PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé; PIÑOL RODRIÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Navarra: Civitas, 2010. p. 57).

27. BOVINO, Alberto. *Proceso penal y derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005. p. 55.

28. "Art. 37, CRFB. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 1998) [...].". Conforme Carvalho Filho: "Princípio da Impessoalidade: [...] *Impessoal* é "*o que não pertence a uma pessoa em especial*", ou seja, aquilo que não pode ser voltado especialmente a determinadas pessoas. O princípio objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve

49. É esse o encaixe da teoria dos sujeitos processuais, "como que uma 'parte geral' dos códigos de processo penal",[29] referido por Jorge de Figueiredo Dias, com a estrutura de um processo penal conforme a fins orientados com exclusividade ao interesse público. O ponto de encontro é o interesse jurídico-penal vinculado à ideia de que se persegue pelo processo a descoberta da verdade para responsabilizar alguém por uma infração na hipótese dessa responsabilidade ter sido demonstrada *no* processo e *em obediência* às limitações ético-jurídicas que o caracterizam. Em outras palavras, o interesse público no caso é da ordem do "direito", especificamente do "direito penal".

50. O processo penal não é instrumento de vingança. Não o é de vingança de pessoas, tampouco de vingança de grupos sociais ou mesmo de corporações.

51. Em sua clássica obra, Jorge de Figueiredo Dias irá alertar para que mesmo o interesse do particular-ofendido, que se faz assistente do Ministério Público, deve ser um "interesse público", como deve ter "caráter público" a sua colaboração.

> "Com este exacto conteúdo, a justificação político-processual do princípio torna-se clara: pretende-se com ele não só desencorajar as pessoas a que se sirvam da sua legitimidade para a constituição de assistente com o fim de conseguir lucros ou exercer mesmo pressões ou chantagem sobre os arguidos, como ainda evidenciar o *interesse público* (e portanto *indisponível*) que existe na constituição dos assistentes, o *carácter público* da colaboração que deles se espera na acusação pública e no auxílio às funções exercidas pelo MP no processo penal."[30]

52. Esse aspecto deve ser ressaltado porque não raro é esgrimido como argumento em favor da legitimidade de vítimas na perseguição de fins privados por

---

dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da *isonomia*. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30 ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2016. p. 20-21).

29. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal. In: CEJ (Org.). *Jornadas de direito processual penal*: o novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1988. p. 5.

30. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Reimp. da 1. ed. de 1974. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 516.

meio do processo criminal, que é um dispositivo estatal, o fato de que em países ocidentais existam ordenamento jurídicos que prevejam a ação condenatória popular.

53. Não é bem assim. Ao tratar da acusação popular em Espanha, assegurada no estatuto processual penal e na própria Constituição,[31] Jordi Nieva Fenoll deixa claro que na atualidade, à vista dos excessos e abusos da sua prática, o Tribunal Supremo delimitou objetivamente as hipóteses de sua efetiva aplicação.

54. Com efeito, a jurisprudência espanhola orienta-se no sentido de eliminar a possibilidade da ação popular nos casos em que haja vítima determinada, a permitindo nos casos sem vítima ou na tutela de interesses gerais.[32]

55. Nieva Fenoll destaca que a definição clara das hipóteses de cabimento da ação condenatória popular haveria de levar em conta a utilidade real consistente em suprir um possível abandono de funções pelo Ministério Público, evitando que pessoas ou associações representem interesses marcados pelo caráter ideológico ou provenientes da pura vingança pessoal.[33]

---

31. Artículo 125, Constitución Española.

    Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales.

    (Disponível em: [https://www.boe.es/legislacion/codigos/]. Consultado em 27 de setembro de 2018)

    Artículo 101, Ley de Enjuiciamiento Criminal.

    La acción penal es pública.

    Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley.

    Artículo 270, Ley de Enjuiciamiento Criminal.

    Todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley.

    También pueden querellarse los extranjeros por los delitos cometidos contra sus personas o bienes o las personas o bienes de sus representados, previo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 280, si no estuvieren comprendidos en el último párrafo del 281.

    (Disponível em: https://www.boe.es/buscar/pdf/1882/BOE-A-1882-6036-consolidado.pdf. Consultado em 27 de setembro de 2018)

32. NIEVA FENOLL, Jordi. *Fundamentos de derecho procesal penal*. Madrid: Edisofer S. L.--Editorial B de F., 2012. p. 74.

33. NIEVA FENOLL, Jordi. *Fundamentos de derecho procesal penal*. Madrid: Edisofer S. L.--Editorial B de F., 2012. p. 75.

56. Se essa *representação* ideológica estava presente na lei processual penal chilena dos tempos de Augusto Pinochet, inspirada pela tradição espanhola, esse caminho foi abandonado e o relativamente recente Código de Processo Penal do Chile contempla como regra a ação penal pública e, excepcionalmente, aquela de exercício privado a cargo apenas da vítima.[34]

57. A história do processo penal brasileiro registra semelhante percurso. Como ressalta Rômulo Moreira, pelos idos do Império nós também conhecíamos a ação condenatória de iniciativa popular.[35]

58. De fato os artigos 72 a 74 do Código de Processo Criminal da primeira instância de 1832 cuidavam da acusação por "qualquer do povo".[36] As leis pos-

34. Artículo 53, Código Procesal Penal (Chile). *Clasificación de la acción penal*. La acción penal es pública o privada.

La acción penal pública para la persecución de todo delito que no esté sometido a regla especial deberá ser ejercida de oficio por el ministerio público. Podrá ser ejercida, además, por las personas que determine la ley, con arreglo a las disposiciones de este Código. Se concede siempre acción penal pública para la persecución de los delitos cometidos contra menores de edad.

La acción penal privada sólo podrá ser ejercida por la víctima.

Excepcionalmente, la persecución de algunos delitos de acción penal pública requiere la denuncia previa de la víctima.

35. MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Ação penal popular de natureza condenatória*. 07.07.2014. Disponível em: [www.conteudojuridico.com.br/artigo,acao-penal-popular-de-natureza-condenatoria-existe-no-brasil,48945.html]. Acesso em: 27.09.2018.

36. Art. 72, do Código de Processo Penal de 1832. A queixa compete ao offendido; seu pai, ou mãi, tutor, ou curador, sendo menor; senhor, ou conjuge.

Art. 73, do Código de Processo Penal de 1832. Sendo o offendido pessoa miseravel, que pelas circumstancias, em que se achar, não possa perseguir o offensor, o Promotor Publico deve, ou qualquer do povo pôde intentar a queixa, e proseguir nos termos ulteriores do processo.

Art. 74, do Código de Processo Penal de 1832. A denuncia compete ao Promotor Publico, e a qualquer do povo:

§ 1º Nos crimes, que não admittem fiança.

§ 2º Nos crimes de peculato, peita, concussão, suborno, ou qualquer outro de responsabilidade.

§ 3º Nos crimes contra o Imperador, Imperatriz, ou algum dos Principes, ou Princezas da Imperial Familia, Regente, ou Regencia.

§ 4º Em todos os crimes publicos.

§ 5º Nos crimes de resistencia ás autoridades, e seus officiaes no exercicio de suas funcções.

§ 6º Nos crimes em que o delinquente fôr preso em flagrante, não havendo parte que o accuse.

teriores abandonaram a técnica da acusação popular, restringindo as iniciativas estranhas ao Ministério Público (MP) a ações penais de iniciativa da vítima, permissões da vítima e, em poucos casos, ao Ministro da Justiça para a atuação do MP (ação penal pública condicionada à representação ou requisição do Ministro da Justiça) e acusações pela autoridade policial ou pelo próprio juiz.[37]

59. Foi a Constituição de 1988 que peremptoriamente legitimou o Ministério Público para a acusação oficial, eliminando a hipótese de acusações por outros órgãos, especialmente pela autoridade policial e pelo juiz,[38] e reservou à vítima atuação subsidiária.[39]

60. Vale dizer que, mesmo depois da promulgação da Constituição da República, sacramentando a iniciativa pública da ação condenatória como regra e prevendo a subsidiariedade somente para a vítima, no caso de inércia do MP, houve algum movimento no sentido de recuperar a antiga acusação popular, merecendo rigoroso repúdio por parte da doutrina.

61. A respeito convém lembrar as palavras de Afrânio Silva Jardim, que rememora a espinhosa experiência político-criminal chilena daquela época:

> "Ninguém, de boa-fé, poderá negar que a ação penal popular, ainda que subsidiária, se prestará a perseguições políticas ou pessoais. Dá margem a fraudes, vez que o arquivamento do inquérito por falta de suporte probatório mínimo não faz coisa julgada, diversamente do que a absolvição em decorrência de uma ação popular proposta de forma temerária, sem lastro probatório que torne provável a condenação."[40]

---

37. Art. 531, CPP. O processo das contravenções terá forma sumária, iniciando-se pelo auto de prisão em flagrante ou mediante portaria expedida pela autoridade policial ou pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público.

38. Art. 129, CRFB. São funções institucionais do Ministério Público:

    I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

39. Constituição da República.

    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:

    [...]

    LIX – será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

40. JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. Capítulo 21: Crítica à ação penal privada subsidiária e à ação penal popular subsidiária. *Direito processual penal*: estudos e pareceres. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 339.

> "Tudo isto fica muito claro ao verificar o que consta no Código de Processo Penal imposto à nação chilena pelo General de Exército Augusto Pinochet Ugarte, através do Decreto nº 335, de 10.03.77. Não é por outro motivo que foi criada a ação penal popular no Chile pelo regime ditatorial nos termos do art. 15, *in verbis*: '*La acción penal pública puede ser ejercida por toda persona capaz de parecer enjuicio, siempre que no tenga prohibición de la ley y que se trate de delitos que deban ser perseguidos de oficio*'".[41]

62. A reserva da acusação criminal ao Ministério Público tem um significado fundamental no âmbito do processo penal brasileiro. Se Jorge de Figueiredo Dias está certo ao alertar que a "teoria dos sujeitos" responde a questões centrais do processo penal, a formulação dessa teoria depende muito e decisivamente da estrutura que tome o processo penal e dos fins a que o processo vise.

63. Assim, não estando o processo penal brasileiro aberto à tutela da vingança privada ou de propósitos ideológicos, mas tão somente dirigido à descoberta da verdade e à responsabilização criminal das pessoas, com escrupuloso respeito a direitos e garantias individuais, uma "teoria dos sujeitos do processo" conforme o direito brasileiro não concede alargamentos no campo da legitimação ativa para acusar.

64. Não é outra a razão para o projeto de novo Código de Processo Penal em curso na Câmara dos Deputados eliminar a ação penal de iniciativa exclusiva do ofendido.[42] Entende-se no mesmo contexto a recente alteração legislativa que tornou pública incondicionada a ação penal nos crimes contra a liberdade sexual.[43]

---

41. JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. Capítulo 21: Crítica à ação penal privada subsidiária e à ação penal popular subsidiária. *Direito processual penal*: estudos e pareceres. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 340.

42. Art. 45, Projeto de novo Código de Processo Penal (PL 8.045/2010). A ação penal é pública, de iniciativa do Ministério Público, podendo a lei, porém, condicioná-la à representação da vítima ou de quem tiver qualidade para representá-la, segundo dispuser a legislação civil, no prazo decadencial de 6 (seis) meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime.

    Parágrafo único. No caso de morte da vítima, o direito de representação passará ao cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão, observado o prazo decadencial prevista no *caput* deste artigo (Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263]. Acesso em: 01.10.2018).

43. Art. 1º da Lei 13.718, de 24 de setembro de 2018. Esta Lei tipifica os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, torna pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelece causas de aumento de pena para esses crimes e define como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo.

A Ordem dos Advogados do Brasil como assistente em processo penal

65. Há vasta bibliografia sobre a assistência de acusação no processo penal brasileiro, boa parte dela fundada em argumentos que tinham por cenário o estado do nosso processo antes do advento da atual Constituição da República. Alguns artigos foram publicados após outubro de 1988 e neste caso os autores se dividem sobre se o monopólio da acusação pública recepcionou ou não a citada categoria jurídica.[44]

66. Não está entre os objetivos do presente estudo tomar partido de qualquer das posições. A premissa de que se parte no parecer é de que não tendo sido declarada a inconstitucionalidade da assistência de acusação cabe responder às indagações da consulta presumindo-se sua constitucionalidade.[45]

---

44. Sobre o assistente de acusação: BARBOSA, Marcelo Fortes. Considerações sobre a natureza jurídica da assistência de acusação no processo penal brasileiro. In: MALHEIROS, Lauro (Dir.). *Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. Lex, jan.-mar. 1971. p. 27-36; ZIYADE, Fátima. *O assistente da acusação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993; PEREIRA, Cleide Maria. A figura do assistente no processo penal face a Constituição Federal. *Revista Jurídica*: Órgão Nacional de Doutrina, Leg. e Crítica Judiciária, Porto Alegre, v. 44, n. 222, abr. 1996. p. 38-39; BECHARA, Fabio Ramazzini. Da assistência no processo penal. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 10, n. 117, ago. 2002. p. 11-12; FRAGOSO, Christiano. Assistente. A condição de vítima como limite a sua atividade. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 10, n. 117, ago. 2002. p. 3-5; PATENTE, Antônio Francisco. *O assistente de acusação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002; SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto. A incompatibilidade do assistente de acusação com o processo acusatório de 1988. *Revista Jurídica*, ano 54, n. 345, jul. 2006. p. 85-93; REIS JUNIOR, Antonio Jose dos. O âmbito de atuação do assistente de acusação: fiscal do fiscal da lei?. *Revista do Ministério Público*. Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 35, jan. 2010. p. 3-9; GOMES, Luiz Flávio. Assistente da acusação: legitimidade para recorrer. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 36, jun. 2010. p. 7-11; SOUZA FILHO, Marcos. Assistente de acusação – *Persona non grata na persecutio criminis*. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, ano VII, n. 40, fev.-mar. 2011. p. 64-70; TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 138-141; HAMILTON, Sergio Demoro. O assistente do Ministério Público no Projeto de Código de Processo Penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal*, ano XII, n. 70, fev.-mar. 2016. p. 86-93. Pela inconstitucionalidade do assistente de acusação: STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri*: símbolos e rituais. 4. ed. rev. e mod. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 158-160; LIMA, Marcellus Polastri. A assistência ao Ministério Público e a Constituição de 1988. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva de. *Livro de estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. v. 3. p. 257-266.

45. Art. 268, CPP. Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no Art. 31.

67. Com independência disso parece não ser controverso quanto à assistência de acusação que seu fundamento há de estar na Constituição, não configurando mera técnica processual. É para o que alerta Renato Vieira ao lembrar que a legitimidade para ação penal é constitucional.[46]

68. O assistente de acusação é um "coadjuvante do acusador oficial" que compartilha o interesse do MP inspirador da pretensão acusatória, que é obter uma sentença condenatória penal que reconheça a responsabilidade penal do acusado e viabilize a punição deste último.

69. Por esse ângulo, o assistente de acusação não é "parte processual", não lhe cabendo imputar infração penal simultaneamente à imputação deduzida pelo MP. Concorrentes imputações somente são cabíveis no caso de inércia parcial do Ministério Público, quando então será estabelecido um litisconsórcio ativo que tem por fundamento o já referido artigo 5º, inc. LIX, da Constituição da República.

70. Muito embora não seja parte, a virtualidade de se converter em "parte processual", quer em virtude da inércia original do MP, como frisado, quer se a inércia decorre da aceitação pelo Ministério Público de solução processual favorável ao acusado, como a absolvição, é o que importa para delimitar a pertinência subjetiva da assistência.[47]

71. Assim, se por exercício hipotético se concluir, no caso concreto, que o sujeito que pretende a assistência não poderia exercitar a ação penal privada subsidiária da pública, este sujeito não terá cumprido o requisito para ser assistente simples.

72. A excepcionalidade da assistência radica em que *i*) somente está legitimado a ser assistente quem puder ser parte, na hipótese de inércia do MP e *ii*)

---

46. VIEIRA, Renato Stanziola. *Paridade de armas no processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 131.

47. Art. 584, CPP. Os recursos terão efeito suspensivo nos casos de perda da fiança, de concessão de livramento condicional e dos ns. XV, XVII e XXIV do art. 581.

§ 1º Ao recurso interposto de sentença de impronúncia ou no caso do no VIII do art. 581, aplicar-se-á o disposto nos arts. 596 e 598.

Art. 598, CPP. Nos crimes de competência do Tribunal do Júri, ou do juiz singular, se da sentença não for interposta apelação pelo Ministério Público no prazo legal, o ofendido ou qualquer das pessoas enumeradas no art. 31, ainda que não se tenha habilitado como assistente, poderá interpor apelação, que não terá, porém, efeito suspensivo.

Parágrafo único. O prazo para interposição desse recurso será de quinze dias e correrá do dia em que terminar o do Ministério Público.

no entanto, sua legitimação não importa na prevalência do interesse particular sobre o interesse público. Ainda que o interesse privado remoto à reparação do dano esteja presente, fato é que o processo penal tem sua existência condicionada exclusivamente pelo interesse público e é por este ângulo que excepcionais legitimações, como as atribuídas ao Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, por seu Presidente, devem encontrar ressonância.

73. Há pouco tempo apresentei estudo acerca do nefasto processo de incriminação da advocacia em que ressaltei a extraordinária relevância da advocacia e a importância singular da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).[48]

74. Com efeito, as sociedades contemporâneas creditam à advocacia, exercida com independência em relação aos poderes político e econômico, relevante papel para a estabilidade social e a defesa dos direitos dos indivíduos contra toda sorte de abusos.

75. Nesse sentido, a figura do advogado é absolutamente essencial. São os advogados e advogadas o corpo profissional que por excelência assume o risco de confrontar o arbítrio. O caráter de essencialidade da advocacia está reconhecido na Constituição da República: "Art. 133, CF. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei."

76. Essa missão constitucional cuja ancestralidade remonta aos mitos fundantes do Ocidente confere ao exercício da advocacia peculiaridades que as democracias contemporâneas reconhecem e que fundam um modelo complexo, quer na definição das atividades que a caracterizam, quer na previsão dos instrumentos jurídicos de que a advocacia se vale para cumprir suas múltiplas e delicadas funções.

77. As "prerrogativas do advogado" enunciadas no voto do e. Ministro Celso de Mello[49] têm uma "genealogia" e uma "morfologia" correspondentes à complexidade da vida social contemporânea, havendo evoluído em virtude da dinâmica própria das sociedades, que também se tornaram bastante mais complexas do que eram há alguns séculos, no tempo da Revolução Francesa.

48. PRADO, Geraldo. A indevida incriminação do exercício regular da advocacia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 26, v. 148, out. 2018. p. 243-281.

49. Habeas Corpus 98.237/SP. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Paciente: Sérgio Roberto de Niemeyer Salles. Impetrante: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. J. 12.12.2009.

78. Em tempos sombrios, a advocacia é a atividade por excelência visada pela opressão e pelo abuso. Advogados e advogadas mortos e desaparecidos fazem parte da história da resistência ao arbítrio. A defesa da advocacia, portanto, é a defesa da democracia e do Estado de Direito. Por isso, a instituição que a representa está legitimada a atuar na defesa de advogadas e advogados.

79. Era assim já na vigência do estatuto anterior. Com efeito, dispunha o artigo 1º da Lei 4.215, de 27 de abril de 1963:

> "Art. 1º A Ordem dos Advogados do Brasil, criada pelo art. 17 do Decreto nº 19.408, de 18 de novembro de 1930, com personalidade jurídica e forma federativa, é o órgão de seleção disciplinar e defesa da classe dos advogados em toda a República (artigo 139).
>
> *Parágrafo único.* Cabe à Ordem representar, em juízo e fora dele, os interesses gerais da classe dos advogados e os individuais, relacionados com o exercício da profissão."[50]

80. A representação pela OAB dos interesses individuais dos advogados está relacionada com o exercício da profissão. Advogados de direitos humanos visados por ações de grupos de extermínio, advogados de presos políticos ameaçados por milícias são pessoas que singularmente, ao serem alvo de crime de homicídio, encontram-se em um contexto relacionado com o exercício da profissão que por essa razão é de interesse público.

81. Da mesma maneira o atual estatuto, em seu artigo 44, reconhece à OAB a condição de prestar um serviço público e de defender a Constituição, promovendo, com exclusividade, a representação e defesa dos advogados:

> "Art. 44, do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:
>
> I – defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;
>
> II – promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil."[51]

50. Artigo 1º da Lei 4.215/63. Antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, revogado pela Lei 8.906/94.

51. Artigo 44 da Lei 8.906/94. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil.

82. O Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil não atua, pois, meramente na defesa das pessoas que estão inscritas no quadro dos advogados na OAB. O Conselho Seccional da Ordem atua na defesa dos advogados que *nesta condição* vêm a sofrer algum tipo de ameaça ou lesão, ainda que a ameaça ou lesão atinja bens jurídicos personalíssimos da pessoa que é advogada, bens como a vida.

83. Ao tratar da matéria, Xavier de Albuquerque lecionou com especial acerto:

> "A legitimação da Ordem dos Advogados do Brasil para intervir, como assistente, nos processos criminais, parece deitar raízes no exemplo do direito francês. Tem por fundamento o interesse coletivo da instituição no resguardo dos direitos e dos interesses individuais dos nela inscritos; e por limite a relação que deve correr entre o objeto da demanda e as prerrogativas, a dignidade e o prestígio da advocacia."[52]

84. Por parte da OAB uma representação alargada de interesses de pessoas que são advogados, relacionada a fatos estranhos ao exercício da advocacia, institucionalmente implicaria desvio de finalidade e do ponto de vista do processo penal constitucional importaria em ampliar o rol de legitimados para acusar, tudo em desprezo ao princípio do interesse público que domina o tema.

85. Vale lembrar que quem pode figurar como assistente de acusação deve poder exercer a ação penal privada subsidiária da pública na hipótese de inércia do MP. A interpretação sobre o rol dos legitimados deve ser restritiva, porque a ampliação indevida de legitimados para acusação implica restrição ao exercício da liberdade de locomoção, direito constitucionalmente assegurado aos imputados enquanto titulares da presunção de inocência.

86. Interessante imaginar, para além dos casos citados à guisa de exemplo, no início do estudo, o que ocorreria na hipótese dos autos, se o acusado também fosse advogado? O Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil representaria os interesses do acusado e da vítima? A denúncia não descreve circunstância que permita supor que a vítima foi morta porque era advogado. Ao contrário, o caráter privado e não institucional de todo o episódio salta aos olhos.

87. A hipótese é interessante de ser cogitada porque se o acusado fosse advogado e o MP atribuísse a ele, como o fez, uma acusação em uma situação de

52. ALBUQUERQUE, Francisco Manoel Xavier de. A assistência no processo penal brasileiro. *Litis*: *Revista Trimestral de Direito Atual*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, jan. 1975. p. 96.

dúvida manifesta, dificilmente o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil deixaria de impetrar *habeas corpus* aduzindo a evidente falta de justa causa para a ação penal e estaria agindo aí sim aparando pelo direito.

88. O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará decidiu a respeito e releva destacar a ementa do acórdão:

> "Processual penal. Assistente da acusação. Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil. Ilegitimidade.
>
> I – Somente os presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para atuar como assistente da acusação em processos nos quais figurem como vítimas advogados, desde que o fato apurado tenha relação com o exercício da Advocacia. Inteligência do art. 49 e parágrafo único da Lei nº 8.906/94.
>
> II – Não atendidos tais pressupostos, é de se negar conhecimento ao recurso interposto pelo Conselho da Ordem dos Advogados – Secção do Ceará, ante sua manifesta ilegitimidade para fazer parte da relação processual, anulando-se, por via de consequência, a decisão de 1º grau que o admitiu como assistente da acusação, bem assim os atos por este praticados no bojo do processo.
>
> III – Apelo não conhecido."[53]

89. A indispensabilidade da relação do fato com o exercício da advocacia também foi sublinhada no julgamento de agravo regimental em habeas corpus, no âmbito da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Não havendo relação entre o fato e o exercício da advocacia a assistência à acusação é indevida. Convém referir:

> "Agravo regimental no habeas corpus. Assistente de acusação. Intervenção na ação de habeas corpus. Incabimento. Recurso improvido.
>
> 1. Em tema de liberdade, a interpretação há de ser sempre em seu obséquio e, portanto, restritiva, excluindo, por certo, qualquer outra, assim como a aplicação analógica ou subsidiária de norma, devendo ser afirmada, por isso, a inadmissibilidade da assistência de acusação, no processo de habeas corpus.
>
> 2. A qualidade de advogado ostentada por qualquer das partes, por si só, não legitima a Ordem dos Advogados do Brasil à assistência.

53. Apelação 99.02365-0/CE. 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Ceará. Relator: Des. José Eduardo Machado de Almeida. Relator designado para acórdão: Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha. J. 23.11.1999. Publicado no *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 7, n. 87, fev. 2000. p. 419-420.

3. Agravo regimental improvido."[54]

Voto:

"O parágrafo único do artigo 49 da Lei 8.906/94, como reza a boa hermenêutica, não pode ser interpretado isoladamente do caput, porque se culminaria por afirmar, à moda das velhas corporações de ofício, que a qualidade de advogado ostentada por qualquer das partes legitima a Ordem dos Advogados do Brasil à assistência.

E, por último, a norma do artigo 49, *caput*, a que antes se aludiu, é induvidosa ao estabelecer como condição fundamental da legitimidade da assistência pela Ordem dos Advogados a infringência das disposições ou fins da lei do seu Estatuto, inocorrente na espécie, não só porque se afastou o atentado aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional, mas também porque – e não se pode ignorar – estatui o Código de Ética e Disciplina da corporação que o advogado deve abster-se de patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia, em que também atue (artigo 2º, parágrafo único, inciso VIII, alínea 'b')."[55]

90. Assim, voltando às indagações formuladas pelo Consulente, respondo ao primeiro quesito afirmando que os Presidentes dos Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil apenas têm legitimidade jurídica para intervir, na qualidade de assistentes, em inquéritos policiais e processos criminais em que sejam ofendidos os inscritos na OAB no quadro de advogados na hipótese em que o fato apurado tenha relação com o exercício da advocacia. No caso concreto a intervenção do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados não se deu nestes moldes. Tratava-se de desdobramento de discussão havida em uma festa comemorativa de certame eleitoral, absolutamente independente do exercício da advocacia pela vítima.

Nulidade por intervenção de assistente de acusação não legitimado

91. O Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil participou da persecução penal desde o início, nos primórdios da investigação. Coube ao Conselho

54. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 55.631/DF. Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Agravante: OAB – Conselho Seccional do Distrito Federal. Agravado: Z. M. N. J. 12.12.2006.

55. Voto do Min. Hamilton Carvalhido no Agravo Regimental no Habeas Corpus 55.631/DF. Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Agravante: OAB – Conselho Seccional do Distrito Federal. Agravado: Z. M. N. J. 12.12.2006.

Seccional requerer e acompanhar oitivas de pessoas, requerer provas em plenário do júri e, especialmente, sustentar teses acusatórias perante os jurados.

92. Essas teses foram acolhidas. O acusado foi condenado em um processo no qual teve que enfrentar dois acusadores institucionais de peso: o Ministério Público e a Ordem dos Advogados do Brasil.

93. Não é possível sinceramente duvidar do peso da manifestação final oral da OAB, instituição que se confunde com a defesa dos acusados, ao postular a condenação do acusado. Se quem *sempre* defende agora está acusando, ao leigo não cabe qualquer receio de estar condenando um inocente.

94. Nesse contexto, evidenciam-se, por um lado, a violação do princípio da paridade de armas, que se extrai da garantia do contraditório e integra o devido processo legal e, por outro, o prejuízo determinado por uma condenação que resulta de um julgamento em que, para além de o acusado enfrentar dois acusadores indevidamente, ainda teve de lidar com o fato de que um deles, tradicionalmente, está associado à missão de defender.

95. A violação do devido processo legal por meio do desequilíbrio de forças que esvaziou o contraditório é causa de nulidade. A Constituição da República, no que toca ao desenho que estabelece para o processo penal, foi violada.[56]

96. A declaração da nulidade é de rigor porque em tema de garantias, advertia já Eberhard Schmidt, o relaxamento não é admitido. São palavras suas:

> "Después de haber visto que en la época autoritaria del nacionalsocialismo su mundo formal estuvo permanentemente expuesto a un proceso de 'relajación', hoy hemos aprendido de nuevo a apreciar las formas procesales y, por consiguiente, el sentido y la importancia de la formalidad judicial. Nada sería más injusto que considerar estas formalidades como una técnica del proceso, susceptibles de ser de una o de otra manera, y adoptables en la praxis sólo porque la ley las prescribe. Estas formas son, más bien, la consecuencia de consideraciones político jurídicas fundamentales, que tienen también relación con los fundamentos teórico jurídicos del derecho procesal. Tienen además significación política, ética y jurídica, y constituyen un objeto apreciable del

56. Art. 5º, CRFB. 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:

[...]

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

> conocimiento teórico jurídico. La garantía de la formalidad judicial significa el cumplimiento de la función estatal en el ámbito de la administración de justicia penal."[57]

97. Respeitar as formas do processo, particularmente no que toca ao equilíbrio entre sujeitos que à partida estão em posição desigual, é indispensável condição de validade do processo e da sentença.

98. A respeito, pondera Alberto Binder:

> "Por otra parte, las formas cumplen también una función de "advertencia", en el sentido de que nos llaman la atención sobre la transcendencia de los actos sometidos a ella. Funciona como un despertador de la conciencia jurídica. En el caso de la justicia penal, esta función es mucho más importante aún porque no debemos olvidar jamás que se trata de mecanismos para activar la violencia del Estado. Ello no se puede hacer de un modo ligero, abierto a la mera voluntad, ya sea de los afectados o de los funcionarios, muchas veces más propensos que aquellos a olvidarse del impacto que produce en todo caso esa violencia. *La formalidad de la justicia penal debe ser un despertador de la prudencia y la cautela frente a una respuesta de ese calibre.*"[58]

99. Não por outra razão, naquela que é a melhor monografia sobre o tema, Ricardo Gloeckner adverte que a formalidade protege direitos "que se encontram instituídos constitucionalmente, como é o caso do princípio da legalidade, devido processo penal, ampla defesa, contraditório, dignidade da pessoa humana, etc.".[59]

100. Não há, portanto, espaço para concessões. Violada a paridade de armas, como ocorreu, tendo em vista a indevida admissão e participação do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil como assistente de acusação, os atos processuais são nulos, incluindo a sentença proferida em sessão de julgamento do Júri no qual a atuação dos procuradores da OAB foi efetiva.

101. Trata-se de nulidade absoluta que, por confrontar a Constituição da República, dispensa arguição mesmo no momento do julgamento, pois que pode

57. SCHMIDT, Eberhard. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*. Córdoba: Lerner, 2006. p. 22-23.

58. BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2017. t. III. Teoría de las formas procesales. Actos inválidos. Nulidades. p. 26.

59. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*: introdução principiológica à teoria do ato processo irregular. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 444.

ser reconhecida de ofício e até na fase da execução penal, esgrimindo-se com a Revisão Criminal na hipótese de trânsito em julgado da condenação.

102. Releva observar que o caso em questão não trata da mera irregularidade na constituição de procuradores do assistente de acusação, algo que à luz da jurisprudência não caracteriza nulidade absoluta.[60] Aqui, a hipótese é de quebra da paridade de armas por se introduzir um acusador institucional cuja legitimidade não encontra amparo legal.

103. Assim, voltando às indagações formuladas pelo Consulente, concluo o presente estudo respondendo ao segundo quesito para afirmar que no caso concreto a admissão do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados, por seu Presidente, como assistente de acusação, conflita com a delimitação constitucional da pertinência subjetiva em processos criminais e é causa de nulidade absoluta dos atos processuais de que tomou parte. Como entre estes atos está o julgamento no júri, a sentença proferida neste julgamento é nula.

Este é o estudo, ressalvado melhor entendimento.

Rio de Janeiro, 03 de outubro de 2018.

Geraldo Prado

Bibliografia

AGAMBEN, Giorgio. *O que é um dispositivo & O que é um amigo*. Trad. Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2014.

ALBUQUERQUE, Francisco Manoel Xavier de. A assistência no processo penal brasileiro. *Litis*: *Revista Trimestral de Direito Atual*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 96, jan. 1975.

BACIGALUPO, Enrique. *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

BARBOSA, Marcelo Fortes. Considerações sobre a natureza jurídica da assistência de acusação no processo penal brasileiro. In: MALHEIROS, Lauro (Dir.). *Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. Lex, jan.-mar. 1971.

BECHARA, Fabio Ramazzini. Da assistência no processo penal. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 10, n. 117, p. 11-12, ago. 2002.

BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2017. t. III. Teoría de las formas procesales. Actos inválidos. Nulidades.

60. Ação Originária 1046/RR. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Apelante: L. G. B. J. Apelado: Ministério Público do Estado de Roraima. J. 23.04.2007.

BOVINO, Alberto. *Proceso penal y derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30 ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2016.

CASTRO, Edgardo. *Vocabulário de Foucault*: um percurso pelos seus temas, conceitos e autores. Trad. Ingrid Müller Xavier. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Nona edizione. Milano: Giuffrè, 2012.

DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho*: justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón:* teoría del garantismo penal. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal. In: CEJ (Org.). *Jornadas de direito processual penal*: o novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1988.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Reimp. da 1. ed. de 1974. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FRAGOSO, Christiano. Assistente. A condição de vítima como limite a sua atividade. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 10, n. 117, p. 3-5, ago. 2002.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch-Empório do Direito, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*: introdução principiológica à teoria do ato processo irregular. Salvador: JusPodivm, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. Assistente da acusação: legitimidade para recorrer. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 36, p. 7-11, jun. 2010.

HAMILTON, Sergio Demoro. O assistente do Ministério Público no Projeto de Código de Processo Penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal*, ano XII, n. 70, p. 86-93, fev.-mar. 2016.

HASSEMER, Winfried. *La verdad y la búsqueda de la verdad en el proceso penal*: la medida de la Constitución. México: Ubijus, 2009.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. Capítulo 21: Crítica à ação penal privada subsidiária e à ação penal popular subsidiária. *Direito processual penal*: estudos e pareceres. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

LIMA, Marcellus Polastri. A assistência ao Ministério Público e a Constituição de 1988. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva de. *Livro de estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. v. 3.

MARTINS, Rui Cunha. *O método da fronteira*. Coimbra: Almedina, 2007.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Ação penal popular de natureza condenatória*. 07.07.2014. Disponível em: [www.conteudojuridico.com.br/artigo,acao-penal-popular-de-natureza-condenatoria-existe-no-brasil,48945.html]. Acesso em: 27.09.2018.

NIEVA FENOLL, Jordi. *Fundamentos de derecho procesal penal*. Madrid: Edisofer S. L.-Editorial B de F., 2012.

PATENTE, Antônio Francisco. *O assistente de acusação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PEREIRA, Cleide Maria. A figura do assistente no processo penal face a Constituição Federal. *Revista Jurídica*: Órgão Nacional de Doutrina, Leg. e Crítica Judiciária, Porto Alegre, v. 44, n. 222, p. 38-39., abr. 1996.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé; PIÑOL RODRIÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Navarra: Civitas, 2010.

PRADO, Geraldo. A indevida incriminação do exercício regular da advocacia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 26, v. 148, p. 243-281, out. 2018.

REIS JUNIOR, Antonio Jose dos. O âmbito de atuação do assistente de acusação: fiscal do fiscal da lei? *Revista do Ministério Público*. Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 35, p. 3-9, jan. 2010.

SÁNCHES-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Variaciones sobre la presunción de inocencia*. Análisis funcional desde el Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2012.

SCHMIDT, Eberhard. Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal. Córdoba: Lerner, 2006.

SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto. A incompatibilidade do assistente de acusação com o processo acusatório de 1988. *Revista Jurídica*, ano 54, n. 345, p. 85-93, jul. 2006.

SOUZA FILHO, Marcos. Assistente de acusação – *Persona non grata na persecutio criminis*. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, ano VII, n. 40, p. 64-70, fev.-mar. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri*: símbolos e rituais. 4. ed. rev. e mod. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VIEIRA, Renato Stanziola. *Paridade de armas no processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

ZIYADE, Fátima. *O assistente da acusação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Investigação criminal e Ministério Público, de Clémerson Merlin Cléve – *RDCI* 56/27-51 e *Soluções Práticas – Clève* 1/235-270 (DTR\2006\766).

Culpa consciente e dolo eventual (Parecer Caso "Boate Kiss": Santa Maria/RS)

Recklessness and dolus eventualis *(Legal opinion of "Boate Kiss" case: Santa Maria/RS)*

Alexandre Wunderlich

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor de Direito Penal na Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. ORCID. alexandre.wunderlich@wunderlich.adv.br

Marcelo Almeida Ruivo

Professor do Programa de Doutorado em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). *Visiting Professor* nas Faculdades de Direito das Universidades de Turim e de Ferrara. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ORCID https://orcid.org/0000-0003-2929-9088. marceloaruivo@gmail.com

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: O artigo revisa a distinção entre os conceitos de culpa consciente e dolo eventual na ciência jurídica, bem como como os elementos componentes de cada conceito. O caso do incêndio na Boate Kiss é estudado no sentido de avaliar se o conjunto probatório sustenta indícios de homicídio doloso eventual e se os Tribunais Superiores (STJ e STF) poderiam modificar a decisão de segunda instância (TJRS).

Palavras-chave: Homicídio – Culpa consciente – Dolo eventual – Recurso especial – Revisão do conjunto probatório.

Abstract: The article reviews the distinction between the concepts of recklessness and *dolus eventualis* in legal sciences, as well as the components of each concept. The Kiss nightclub fire case is studied in order to evaluate if the case's body of evidence supports the hypothesis of a homicide commited with dolus eventualis and if the Higher Courts (STJ e STF) could modify the decision of Court of Appeal (STJ).

Keywords: *Dolus eventualis* – Advertent recklessness – Writ to Higher Courts – Revision of the body of evidence.

Sumário: 1. Consulta. 2. Fato e imputação jurídica. 3. Síntese processual. 4. Dimensões objetiva e subjetiva do tipo legal de crime – os elementos do tipo penal. 5. Elementos subjetivos gerais (dolo e culpa) e especiais (motivo e finalidade) do tipo penal. 6. Diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente. 7. Necessidade de comprovação empírica da previsibilidade do resultado para a culpa consciente e da aceitação do resultado previsível para o dolo eventual. 8. Correção científica da rejeição da hipótese de dolo eventual pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 9. Recursos aos Tribunais Superiores. 9.1. Objeto recursal eminentemente jurídico (questões de direito – *in iure*). 9.2. Inadequação e descabimento do reexame probatório (Súm. 7, do STJ e 279, do STF). Impossibilidade do recurso do Ministério Público. Desinteresse e ilegitimidade recursal do assistente da acusação na mudança da capitulação legal. 9.3. Manifestação do Ministério Público em parecer ofertado no STJ – Recurso Especial 1.790.039/RS. 10. Síntese da consulta. 11. Referências bibliográficas.

1. Consulta

O eminente advogado Doutor JM, atuando na defesa do Sr. ECS, no âmbito do processo-crime 027/2130000696-7 originário da comarca de Santa Maria/RS (Caso Boate Kiss), apresenta os autos do processo e questões científicas sobre categorias de direito penal e de processo penal. Trata-se de duas perguntas fundamentais:

1º quesito. É cientificamente correta a desclassificação da imputação jurídica da figura do dolo eventual para a da culpa consciente feita pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (*TJRS*), no acórdão fruto dos Embargos Infringentes 70075120428[1], diante das condutas imputadas na denúncia e do conjunto probatório reunido na instrução processual?

2º quesito. Os Recursos aos Tribunais Superiores possuem cabimento e adequação (elementos do juízo de admissibilidade) para a revisão do conjunto probatório necessário para a redefinição do elemento subjetivo geral do tipo?

Os dois questionamentos formulados pelo eminente advogado exigem a revisão e a diferenciação das categorias estruturantes do tipo subjetivo na Teoria Geral do Crime e da especificidade dos recursos aos Tribunais Superiores na Teoria Geral dos Meios de Impugnação. Esses são os dois questionamentos científicos que passamos a analisar.

1. TJRS, Embargos Infringentes e de Nulidade 70075120428, 1º GC, Rel. Des. Victor Luiz Barcellos Lima, j. 01.12.2017, *DJe* 22.01.2018.

2. Fato e imputação jurídica

ECS foi acusado, conjuntamente com MLH, MJS e LAB, da prática dos crimes de homicídio doloso qualificado por motivo torpe e pela crueldade (art. 121, § 2º, I e III, do CP) em 241 vezes e homicídio doloso qualificado tentado por motivo torpe e crueldade (art. 121, § 2º, I, c/c art. 14, II, do CP) em 636 vezes. A denúncia narra que os fatos teriam ocorrido em 27 de janeiro de 2013, aproximadamente às 3h15min, nas dependências da Boate Kiss, na cidade de Santa Maria/RS.

Conforme descreve o Ministério Público, MLH e ECS teriam supostamente concorrido para o crime:

> "[...] implantando em paredes e no teto da boate espuma altamente inflamável e sem indicação técnica de uso, contratando o show descrito, que sabiam incluir exibições com fogos de artifício, mantendo a casa noturna superlotada, sem condições de evacuação e segurança contra fatos dessa natureza, bem como equipe de funcionários sem treinamento obrigatório, além de prévia e genericamente ordenarem aos seguranças que impedissem a saída de pessoas do recinto sem pagamento das despesas de consumo na boate, revelando total indiferença e desprezo pela vida e pela segurança dos frequentadores do local, assumindo assim o risco de matar" (p. 5 da denúncia).

Em síntese, a acusação acredita em "homicídio qualificado" por "motivo torpe" na "revelação de total indiferença e desprezo pela vida e pela segurança dos frequentadores do local" por parte dos acusados, com base em elementos articulados no sentido de que teriam "assumindo assim o risco de matar."

Fundamentalmente, eis os elementos articulados pela acusação pública:

(1º) Implantação de espuma altamente inflamável e sem indicação técnica de uso em paredes e no teto da boate.

(2º) Contratação de *show* que sabidamente incluía exibições com fogos de artifício.

(3º) Manutenção da casa noturna superlotada e sem condições de evacuação e segurança contra fatos dessa natureza.

(4º) Equipe de funcionários sem treinamento obrigatório.

(5º) Ordem prévia e genérica para que os seguranças impedissem a saída de pessoas do recinto sem pagamento das despesas de consumo.

O presente parecer pretende examinar tecnicamente o caso e fixar as premissas elementares no sentido de verificar se os elementos trazidos pela acusação pública são suficientes, isoladamente ou em conjunto, para legitimar o

entendimento categórico de "revelação de total indiferença e desprezo pela vida e pela segurança dos frequentadores do local", configurando-se, assim, a figura do dolo eventual imputada na denúncia. Sem esse entendimento do Ministério Público, não é possível falar em imputação dolosa eventual, uma vez que a hipótese jurídica está fundada exclusivamente nessa suposição. Isto é, sem a demonstração efetiva das condições objetivas que conduzem ao elemento subjetivo de "revelação de total indiferença e desprezo pela vida e pela segurança", não há hipótese legítima para fixação de dolo eventual.

Os elementos articulados pela denúncia serão estudados isoladamente a fim de determinar a qualidade de indícios de dolo eventual. A avaliação deve atentar se há condições lógicas e materiais adequadas à conclusão peremptória de "total indiferença e desprezo pela vida" ou se está diante de mera suposição, ilegítima, presuntiva, sem respaldo na realidade do fato e nas diretrizes legais, sobretudo identificado se é possível constatar a "assunção de risco" e a obrigatória "anuência" do resultado típico essenciais para o dolo eventual.

3. Síntese processual

A instrução processual na primeira fase do rito procedimental do Tribunal do Júri resultou na pronúncia dos acusados por homicídio doloso qualificado e homicídio doloso tentado nos termos da denúncia, em 27 de julho de 2016. As Defesas de ES, MH, LB e MJS interpuseram Recursos em Sentido Estrito contra a decisão de pronúncia.

A colenda Primeira Câmara Criminal do e. TJRS rejeitou as preliminares por unanimidade e deu parcial provimento aos meios de impugnação, por maioria, para afastar as qualificadoras da pronúncia. O e. Relator, Des. Manuel José Martinez Lucas, concedeu parcial provimento aos Recursos para desclassificar os fatos denunciados para crimes diversos dos elencados no art. 74, § 1º, do CPP, restando vencido no julgamento em 22 de março de 2017.

Os acusados opuseram Embargos Infringentes, com base no voto vencido do Relator Des. Manuel José Martinez Lucas. No dia 01 de dezembro de 2017, foram acolhidos os embargos diante do empate dos votos dos Desembargadores integrantes do Primeiro Grupo Criminal do TJRS[2], conforme os artigos 615, § 1º,

2. Os Des. Victor Luiz Barcellos Lima (Relator), Des. Manuel José Martinez Lucas, Des. Honório Gonçalves da Silva Neto e Des. Luiz Mello Guimarães acolheram o recurso, ao passo que os Des. Jayme Weingartner Neto, Des. Sylvio Baptista Neto (Presidente), Desa. Rosaura Marques Borba (Revisora), e Des. José Antônio Cidade Pitrez rejeitaram os Embargos Infringentes.

in fine, do CPP[3] e 21, § 2º, I, do RITJERGS vigente até 18 de junho de 2018.[4] A decisão desclassificou os fatos imputados para delitos comuns – não da competência do Tribunal do Júri – nos termos exatos do voto vencido Des. Manuel José Martinez Lucas no julgamento dos Recursos em Sentido Estrito.

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e a Associação dos Familiares de Vítimas da Tragédia de Santa Maria (AVTSM), Assistente da Acusação, interpuseram Recursos Especiais e Extraordinários, bem como assim o fizeram os acusados MH e ES.

Em 13 de julho de 2018, o i. Vice-Presidente Túlio de Oliveira Martins (a) não conheceu os Recursos Especial e Extraordinário de MH e (b) não admitiu os Recursos Especial e Extraordinário de ES e, ainda, (c) admitiu os Recursos Especiais e Extraordinários do Ministério Público e da Associação dos Familiares de Vítimas da Tragédia de Santa Maria (AVTSM). As Defesas interpuseram agravos nos Recursos aos Tribunais Superiores contra a decisão que não admitiu os Recursos Especial e Extraordinário defensivos.

A questão central deste parecer versa sobre a adequação científica da decisão do Primeiro Grupo Criminal do e. TJRS, fundamentalmente se o tipo subjetivo da conduta pode ser verificado exclusivamente por meios lógicos – sem depender da revisão do material probatório dos dados empíricos juntado aos autos.

4. Dimensões objetiva e subjetiva do tipo legal de crime – os elementos do tipo penal

Iniciamos pela questão de direito material acerca do conceito analítico de crime e de seus elementos. O conceito jurídico de crime é dividido tradicionalmente em duas dimensões, quer no sistema romano-germânico, quer no *common law*.

3. Art. 615. O tribunal decidirá por maioria de votos. § 1º Havendo empate de votos no julgamento de recursos, se o presidente do tribunal, câmara ou turma, não tiver tomado parte na votação, proferirá o voto de desempate; no caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao réu.

4. Art. 21. Os 4 (quatro) Grupos Criminais são formados, cada um, por 2 (duas) Câmaras: a 1ª e 2ª compõem o 1º Grupo; a 3ª e 4ª, o 2º Grupo; a 5ª e 6ª, o 3º Grupo; e a 7ª e 8ª, o 4º Grupo, exigindo-se, para seu funcionamento, a presença de, no mínimo, 5 (cinco) julgadores, incluindo o Presidente. § 1º As sessões dos Grupos de Câmaras Criminais serão presididas: a) ordinariamente, pelo Desembargador mais antigo do Grupo; § 2º Ocorrendo empate na votação, serão observadas as seguintes regras (parágrafo incluído pela Emenda Regimental nº 02/02): I – na hipótese da letra a, do parágrafo 1º, prevalecerá a decisão mais favorável ao réu (CPP, arts. 615, § 1º e 664, parágrafo único)[...].

A dimensão objetiva descreve as características objetivas da conduta, do nexo causal e do resultado criminal observados na realidade externa do fenômeno criminal. A dimensão subjetiva trata da relação intelectual e anímica do autor com a própria conduta e com o resultado causado e, por isso, recebe a denominação de dimensão subjetiva, uma vez que se refere ao sujeito da conduta.

As duas dimensões – objetiva e subjetiva – permitem a graduação das condutas e dos resultados em diferentes níveis de reprovação, cuja expressão possibilita as tradicionais valorações jurídico-penais do desvalor da conduta e do desvalor do resultado.

É de conhecimento dogmático geral que o crime é analiticamente conhecido por meio de três categorias que formam a cognominada Teoria Geral do Crime: tipo, ilícito e culpa.[5] Cada uma dessas categorias do conceito analítico de crime orienta um juízo necessário para a confirmação da ocorrência do fenômeno penal. O juízo de adequação da conduta praticada às características descritas no tipo penal chama-se de tipicidade da conduta. O juízo de adequação da conduta praticada ao conteúdo juridicamente proibido no ilícito penal denomina-se ilicitude. O juízo de reprovação ou de censura da conduta, avaliada anteriormente como típica e ilícita, materializa o juízo de culpabilidade.

Resumidamente, as dimensões tradicionais – objetiva e subjetiva – do crime estão presentes nas três categorias analíticas do conceito jurídico e nos respectivos juízos penais. Tipo é, pois, o elemento responsável pela descrição legal universal e abstrata dos elementos da conduta criminal, que adquiriu notoriedade e relevância científica na dogmática penal alemã, espanhola, portuguesa e latino-americana, desde a divulgação da obra de Ernst von Beling. Então, o tipo penal é o "contorno do tipo de crime" que descreve as dimensões do crime nas suas duas partes: objetiva e subjetiva.[6]

---

5. No Brasil, REALE JÚNIOR, Miguel, *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 126; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007. p. 74-75; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 253; REGIS PRADO, Luiz. *Curso de direito penal brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 204; TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 104; na Itália, CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Alberto. *Elementi di diritto penale*. Parte generale. 6. ed. Vinceza: Wolter Kluwer, 2015. p. 189; PULITANÒ, Domenico. *Diritto penale*. 4. ed. Torino: Giappichelli, 2005. p. 62-63.

6. BELING, Ernst von. *Die Lehre vom Verbrechen*. Tübingen: Mohr, 1906. p. 1 e 110; BELING, Ernst von. *Die Lehre vom Tatbestand*. Tübingen: Mohr, 1930. p. 12.

A parte objetiva do tipo narra os elementos objetivos da conduta ativa ou omissiva ligada causalmente ao resultado. A denominação elementos objetivos toma em consideração os elementos do fato em si exteriorizados pelo autor e não a relação intelectual e anímica do autor da conduta com o seu comportamento e com o resultado causado. A denominação parte objetiva do tipo remete à prescindibilidade de verificação interna do comportamento do autor da conduta.

A parte subjetiva do tipo é justamente a relação interna que o autor guarda com a sua conduta e com o resultado causado. O dolo e a culpa, que se situavam na esfera da culpabilidade na estrutura analítica do crime do causalismo, passaram a integrar o tipo ou "tipo de ilícito" penal na dogmática de vários países ocidentais, após o acolhimento do finalismo de Hans Welzel.[7]

Destarte, basicamente, os crimes dolosos e culposos diferenciam-se entre si já na descrição legal da conduta típica, prevendo molduras penais diversas e sujeitando-se a competências jurisdicionais diversas no Brasil. O tipo subjetivo permite que crimes com resultados iguais (*desvalor do resultado*) consigam expressar juridicamente distintos graus de reprovação penal da conduta (*desvalor da conduta*) próprios da diferença entre os fenômenos doloso e culposo.

Evidente que o desvalor da conduta é a razão pela qual o fato doloso é apenado com mais severidade que o culposo. Trata-se do reconhecimento jurídico de diferenças ontológicas de desvalor prévias à intervenção do direito penal, que devem ser objeto de prova para a configuração do crime.

É importante registrar alguns entendimentos clássicos, como o fato de que as características do crime descritas no tipo penal aparecem como dados da realidade reconhecidos juridicamente pelo direito penal a partir da sua metodologia científica. O ordenamento penal apenas reconhece elementos da realidade prévia à intervenção legislativa, não podendo presumir ou criar artificialmente características do fato proibido, sob pena de ilegitimidade da punição e de ineficácia preventiva.

Então, as características objetivas e subjetivas da descrição legal do crime devem ser sempre provadas na instrução processual, em respeito à legalidade penal e à legitimidade do juízo condenatório. Portanto, a descrição típica de elementos

7. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. Parte geral. Questões fundamentais da doutrina do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I. p. 270-271. n. 58 e 59; CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Alberto. *Elementi di diritto penale*. Parte generale. 6. ed. Vinceza: Wolter Kluwer, 2015. p. 191; e, sobretudo, WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht, eine systematische Darstellung*. 11. ed. Berlin: De Gruyter, 1969. p. 64.

como conduta, causalidade, dolo ou culpa e resultado criminal é feita com base na realidade, exigindo comprovação empírica para a sua verificação concreta. São elementos que não podem ser concebidos ou imputados exclusivamente por meio de presunções ou criações jurídicas.

5. Elementos subjetivos gerais (dolo e culpa) e especiais (motivo e finalidade) do tipo penal

A parte subjetiva do tipo é a ligação que o autor ou agente tem com a sua conduta ativa ou omissiva, podendo ser observada em relação ao resultado causado, que pertence ao tipo objetivo.

A doutrina costuma dividir a parte subjetiva do tipo penal em: elemento subjetivo geral e elemento subjetivo especial. O elemento subjetivo geral é requisito fundamental para a criminalização da conduta. A conduta em relação ao resultado causado pode: (*a*) prever e querer o resultado, (*b*) prever e aceitar o resultado, (*c*) prever e não querer, nem aceitar o resultado, ou, simplesmente, (*d*) não prever o resultado. Aqui, colocamos as quatro hipóteses em ordem decrescente de reprovabilidade do desvalor da conduta, que correspondem a um dos quatro conceitos sintéticos do tipo subjetivo: (*a*) dolo direto, (*b*) dolo eventual, (*c*) culpa consciente e (*d*) culpa inconsciente.

O Código Penal brasileiro segue a regra clássica de que as condutas são proibidas penalmente quando dolosas e, apenas excepcionalmente se previstas expressamente na lei, quando culposas (art. 18, parágrafo único, do CP).[8] No mesmo sentido são os Códigos Penais alemão (§ 15 do StGB) e italiano (art. 42, comma 2 CPI).[9] A legislação brasileira exige para a criminalização que a conduta te-

8. Art. 18 – Diz-se o crime: Crime doloso I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; Crime culposo II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo único – Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

9. § 15 – Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln. Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht. Art. 42 – Responsabilità per dolo o per colpa o per delitto preterintenzionale. Responsabilità obiettiva Nessuno può essere punito per una azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà. Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge. La

nha sido praticada, ao menos, culposamente (art. 18 e 20 e § 1º do CP), sempre diferenciando legalmente o tipo subjetivo doloso (art. 18, I, do CP) do culposo (art. 18, II, do CP).

O dolo direto é a modalidade mais tradicional de imputação subjetiva no direito penal. Os componentes do dolo direto são (*a*) representação e (*b*) vontade do resultado, conforme disciplina a primeira parte do art. 18, I, do CP, referindo-se aos elementos do tipo objetivo.[10] A verificação prática do dolo direto não impõe grande dificuldade quanto à verificação do dolo eventual. O dolo eventual é a previsão do resultado como altamente provável e a aceitação do resultado no momento de realização da conduta (art. 18, I, do CP). A culpa consciente é a previsão e não aceitação do resultado perigoso e indesejável, que acaba sendo causado por imprudência, negligência ou imperícia (art. 18, II, do CP). O autor da conduta "pode, apesar de um tal conhecimento, *confiar*, embora levianamente, em que o preenchimento do tipo se não verificará e age então só com negligência (consciente)".[11] A culpa inconsciente é a não previsão do resultado como possível que ocorre causado pela conduta imprudente, negligente ou imperita (art. 18, II, do CP).

O elemento subjetivo especial é a descrição de característica especial da conduta que poderá integrar especialmente o tipo penal: o motivo e a finalidade da conduta. Motivo é a razão que impulsionou o autor da conduta, uma espécie de atitude interna e pessoal do agente, assim como os sentimentos, as convicções e os modos de pensar. Pode constar na narrativa da conduta incriminada na forma básica (*e.g.* art. 208 do CP), privilegiada ou minorada (*e.g.* art. 121, § 1º, do CP), qualificada (*e.g.* art. 121, § 2º, I, do CP) ou agravada (art. 61, III, a, do CP, por exemplo). O motivo é sempre uma característica do fenômeno criminal reconhecida pelo direito dentro dos parâmetros de tipicidade e legalidade.

---

legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente come conseguenza della sua azione od omissione. Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa.

10. BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang; EISELE, Jörge, *Strafrecht, allgemeiner Teil; Lehrbuch*. 12. ed. Bielefeld: Gieseking, 2016. p. 249. n. 7 e 250, n. 10; CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Alberto. *Elementi di diritto penale*. Parte generale. 6. ed. Vinceza: Wolter Kluwer, 2015. p. 336; e JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts, allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. p. 295.

11. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. Parte geral, Questões fundamentais da doutrina do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I. p. 371. n. 44.

A finalidade é a intenção, o fim, o objetivo ou a utilidade prática da realização da conduta[12], que forma os denominados crimes de intenção reconhecíveis pelas expressões legais "com o fim de" (*e.g.*, art. 131 do CP), "a fim de" (*e.g.*, art. 218-A do CP), "para o fim de", "com a finalidade de" (*e.g.*, art. 288-A do CP), "com intenção de" ou "para" (*e.g.*, art. 155 do CP) obter algo. A finalidade e o motivo do crime (elemento subjetivo especial) especificam o dolo (elemento subjetivo geral), sendo igualmente abrangidos por ele.

6. Diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente

Existe discussão sobre a teoria que seria mais capaz de definir e diferenciar os conceitos de dolo eventual e de culpa consciente, sendo os resultados práticos e jurídicos muito semelhantes. Atualmente, os principais grupos teóricos estão fundados nos seguintes critérios: (*a*) probabilidade do resultado, (*b*) aceitação do resultado ou conformação com a possível ocorrência do resultado e (*c*) a fórmula hipotética da previsibilidade de Frank.[13]

Resumidamente, explicamos:

(1º) Probabilidade do resultado – haveria dolo eventual quando o resultado fosse altamente previsível (representação qualificada do resultado). Já a culpa consciente teria lugar quando o resultado não fosse altamente previsível. É uma teoria que considera mais importante o elemento intelectivo que volitivo da conduta.

(2º) Aceitação ou conformação com o resultado – haveria dolo eventual quando o autor da conduta aceitasse o risco do resultado e haveria culpa consciente quando o autor negasse o resultado previsível como possível de acontecer.

(3º) Fórmula hipotética da previsibilidade de Frank – a diferenciação ocorre a partir da resposta à pergunta: o autor teria praticado a conduta se soubesse, com certeza, que o resultado ocorreria? O dolo eventual deveria ser afirmado se o autor respondesse positivamente que teria praticado a conduta independentemente do resultado. A culpa consciente deveria ser afirmada quando a resposta do autor fosse negativa, de que não praticaria a conduta ao saber da certeza do resultado.

Então, temos que a "prova" do conhecimento do perigo ao bem jurídico tutelado pode caracterizar dois tipos de condutas com *desvalores* sociais absolutamente diversos: culpa consciente e dolo eventual.

12. RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira, contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 133.

13. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. Parte geral. Questões fundamentais da doutrina do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I. p. 369. n. 39.

Em nosso sentir, o dolo eventual somente se configura caso exista prova do (a) conhecimento do perigo ao bem jurídico protegido pela norma penal que era (b) aceito, anuído, com absoluta indiferença.

Veja-se que, sem a demonstração probatória da anuência ou aceitação do resultado, não se pode falar em dolo eventual, pois segue em aberto a real hipótese de culpa consciente. Então, a comprovação de que uma conduta social é juridicamente uma conduta dolosa eventual deve demonstrar que o resultado ofensivo ao bem jurídico era conhecido e, sobretudo, aceito pelo autor.

No caso da Boate Kiss, as três teorias convergem no sentido da impossibilidade de imputação jurídica por dolo eventual. Veja-se sinteticamente:

(1º) na teoria da probabilidade, era preciso provar que os acusados conheciam a alta probabilidade de ocorrência do resultado;

(2º) na teoria da aceitação ou conformação com o resultado, deveria ser provado que os acusados previram e aceitaram ou conformaram-se com o resultado;

(3º) segundo a fórmula de Frank, seria necessário provar que os acusados teriam praticado as mesmas condutas se, no momento da ação, tivessem certeza que o resultado ocorreria.

O acurado exame do conjunto fático-probatório da presente na ação penal não comprova o dolo eventual e indica claramente a ocorrência da culpa. Aliás, este é o entendimento corretamente afirmado no último acórdão do TJRS – Embargos Infringentes 70075120428.

Em caso semelhante de rumoroso incêndio em boate, a doutrina comparada acompanha rigorosamente a diferenciação fenomenológica e técnica ente o dolo eventual e a culpa consciente no sentido do TJRS. Diante do incêndio da Boate Utopia no Peru, a doutrina afirmou que uma mera representação do resultado não significa a afirmação do dolo eventual[14], considerando que igualmente há a representação do resultado acreditado como impossível na culpa consciente.

7. Necessidade de comprovação empírica da previsibilidade do resultado para a culpa consciente e da aceitação do resultado previsível para o dolo eventual

A parte subjetiva do tipo expressa a desconsideração do autor da conduta em relação à ordem jurídica e ao bem jurídico tutelado. A doutrina costuma referir

14. CARO JOHN, Jose Antonio. *Dogmática penal aplicada*. Lima: Ara Editores, 2010. p. 39.

que o dolo é uma "relação psicológica"[15] de "desprezo pelo mundo do direito"[16], "desprezo pelo bem jurídico tutelado"[17] ou "decisão para a possível lesão ao bem jurídico".[18]

Esse desprezo pelo bem jurídico e pelo conteúdo de proteção da norma faz parte da essência do fenômeno criminal, portanto não pode ser presumido, imputado ou criado normativamente pelo direito. Ao contrário, é um dado da realidade que integra o tipo penal, exigindo prova empírica de que os acusados efetivamente expressaram a integralidade dos elementos da conduta descrita no tipo penal.

A imputação por culpa consciente exige a prova do conhecimento da previsibilidade do resultado e a imputação por dolo eventual requer fundamentalmente o conhecimento da previsibilidade e a aceitação do resultado provável. Essa compreensão do dolo eventual foi cientificamente apresentada em publicação no final da década de noventa[19], sendo recentemente reafirmada diante dos riscos de ampliação injustificada do conceito.

A manifestação técnica aqui apresentada decorre de reflexão teórica que tem sido desenvolvida e comprovada há mais de duas décadas.[20] Trata-se de

15. BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang; EISELE, Jörge. *Strafrecht, allgemeiner Teil; Lehrbuch*. 12. ed. Bielefeld: Gieseking, 2016. p. 256, § 11, n. 26; EISELE, Jörg In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch, Kommentar*. 30. ed. München: Beck, 2019. p. 193-223. n. 120-121.
16. ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Neudruck der Ausg. Berlin 1930. Aalen: Scientia, 1964. p. 179.
17. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts, allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. p. 300.
18. ROXIN, Claus Roxin. *Strafrecht, allgemeiner Teil*, *Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4. ed. München: Beck, 2006. v. I. p. 447-448. n. 27.
19. WUNDERLICH, Alexandre. O dolo eventual nos homicídios de trânsito: uma tentativa frustrada. *Revista dos Tribunais*, n. 574, 1998. p. 461-479.
20. A primeira publicação encontra-se em WUNDERLICH, Alexandre. O dolo eventual nos homicídios de trânsito: uma tentativa frustrada. *Revista dos Tribunais,* n. 574. p. 161-479. O texto foi republicado na coletânea de trabalhos científicos que marcaram a década, organizada por Gustavo Badaró (*Doutrinas Essenciais de Direito penal e Processo Penal,* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1.169 *et seq.*). Recentemente, o entendimento foi aprofundado em artigo publicado no livro em homenagem ao Professor René Ariel Dotti, WUNDERLICH, Alexandre. O dolo eventual nos homicídios de trânsito como uma tentativa frustrada: a reafirmação de uma posição. In: BUSATO, Paulo, SÁ Priscila P.; SCANDELARI, Gustavo (Coord.). *Perspectivas das Ciências Criminais*, Rio de Janeiro, 2016. p. 293-308.

entendimento que pertence aos elementos clássicos da Teorias Geral do tipo subjetivo, não tendo sido pensado exclusivamente para atender as dificuldades técnicas de uma tragédia de alta repercussão e clamor social.

8. Correção científica da rejeição da hipótese de dolo eventual pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

O esclarecimento dogmático da diferenciação entre os conceitos de dolo eventual e de culpa consciente permite analisar as questões formuladas aos pareceristas com mais clareza científica. Em nosso pensar, os acórdãos do TJRS, com especial destaque o julgamento dos Embargos Infringentes 70075120428, são compostos por votos bem fundamentados em argumentos práticos e teóricos que determinaram a desclassificação da imputação penal formulada na denúncia. O respaldo na ciência penal contemporânea culminou no julgamento do caso com prudência e Justiça.

A principal decisão que determinou a desclassificação da imputação está assim ementada:

> "Embargos infringentes. Sentença de pronúncia. Crimes de homicídio. Incêndio em estabelecimento noturno. Acusação da prática de fatos dolosos. Inconformidade da defesa dos réus. Divergência restrita à natureza dolosa das infrações penais.
>
> 1. Fatos delituosos relativos à incêndio em estabelecimento noturno na comarca de Santa Maria. Réus pronunciados pela prática de homicídios qualificados, consumados e tentados, que agiram na condição de sócios da casa noturna, e como integrantes de uma banda musical que se apresentou na oportunidade, levando a efeito "show" pirotécnico com emprego de fogos de artifício, o que deu azo a incêndio que terminou por causar a morte e lesões dos freqüentadores.
>
> 2. Circunstâncias fáticas que não podem ser havidas como demonstrativas de agir doloso pelos denunciados, ora pronunciados. O emprego de fogos de artifício impróprios para o local, o fato de o ambiente interior do imóvel encontrar-se revestido de madeira, cortinas de tecido e de espuma altamente tóxica e inflamável, a superlotação com número de pessoas além da capacidade, a inexistência de sinalização de emergência e de saídas alternativas, além de funcionários não preparados para situação de emergência, somadas ao fato de que dito estabelecimento vinha funcionando regularmente, mas com pendências, sem qualquer óbice por parte das autoridades encarregadas de fiscalização, inclusive porque já havia sido exibido o "show" pirotécnico, sem nenhum incidente, constituem dados que informam agir culposo em sentido estrito a ser examinado pelo juiz singular competente.

> 3. Conduta dolosa que, à luz do disposto no art. 18, I, do CP, exige a manifestação da vontade em relação ao resultado morte. Assumir o risco de produzir a morte significa aprovar o resultado, o que não restou evidenciado nos autos. Regra do art. 413 do CPP que impõe ao juiz a pronúncia do acusado, quando convencido da materialidade do fato (não de qualquer fato, mas de fato que configure crime doloso contra a vida), e quando verificar presentes indicativos suficientes da autoria. Dever do juiz em declinar os fundamentos por que vê, na espécie delituosa, a existência de agir doloso na conduta do agente do crime. Impossibilidade de pura e simplesmente transferir-se o exame do elemento volitivo do fato aos jurados. Desclassificação da espécie que se impõe para outros crimes que não aqueles da competência do Tribunal do Júri.
>
> 4. Recurso, de um dos réus, que transcende os limites da divergência, postulando a absolvição do acusado. Impossibilidade. Não pode o recurso ser conhecido quanto ao pedido de absolvição, vez que ultrapassa os limites da divergência de votos quando do julgamento dos recursos em sentido estrito. Recursos conhecidos, exceto no que tange a um dos recursos que é conhecido apenas em parte, para dar provimento à inconformidade da defesa e desclassificar os fatos para outros que não aqueles da competência do tribunal do júri."
>
> (TJRS, Embargos Infringentes e de Nulidade 70075120428, 1º Grupo Criminal, Rel. Des. Victor Luiz Barcellos Lima, j. 01.12.2017, *DJe* 22.01.2018)

Algumas passagens fundamentais desse acórdão evidenciam o seu acerto. A análise do conjunto fático-probatório à luz do direito vigente aponta a inexistência de qualquer das modalidades de dolo pela falta da representação do resultado e, portanto, pela impossibilidade concreta de aceitação do resultado não representado:

Primeiro. Falta de narrativa do dolo direto e mesmo eventual em condutas praticadas pelos denunciados. Em nosso entendimento, a acusação não cumpriu o dever jurídico-legal de narrar todos os elementos do tipo penal que imputou. Há meras suposições de vontade, abstrações sem amparo em dados objetivos concretos. Não há descrição do "desígnio criminoso", ou seja, a "vontade dos agentes" que "integra a tipicidade da ação e que, por conseguinte, diz respeito à essência do crime" e ao elemento fundamental do tipo penal imputado. [Voto do i. Des. Victor Luiz Barcellos Lima, p. 25, 27 e 29-30.]

Segundo. Absoluta falta de indícios que manifestem a vontade de "matar". Não há nos autos nem mesmo indícios mínimos indicativos da suposta vontade de matar dos acusados. O conjunto probatório é, em nosso juízo, inegável. [Na linha do voto do i. Des. Victor Luiz Barcellos Lima, p. 27.]

Terceiro. Falta de previsibilidade do resultado como provável. Os autos atestam que o estabelecimento comercial funcionava regularmente, cumprindo os

requisitos exigidos pelas autoridades públicas para funcionamento. O "show pirotécnico" havia sido realizado anteriormente, sem qualquer incidente ou reclamação. [No sentido do voto do i. Des. Victor Luiz Barcellos Lima, p. 34, e. Des. Honório Gonçalves da Silva Neto, p. 64, 64-65 e 66, e. Voto Des. Luiz Mello Guimarães, p. 68-70.]

Quarto. Falta de indícios que manifestem indiferença ou demonstrem a aceitação do resultado mortes e lesões corporais. A argumentação acusatória está baseada estritamente na suposta previsibilidade da conduta e não na indiferença ou no necessário aceite do resultado, o que impede a imputação por dolo eventual. Muito pelo contrário, "é que não há como admitir que os réus Mauro e Elissandro, ao usarem espuma inflamável, contratarem o espetáculo, superlotarem a boate etc., tudo visando maior lucro, eram indiferentes a, além de matar centenas de jovens, incendiar todo o seu patrimônio, perdê-lo e ter de indenizar diversas famílias". [Na linha do voto do i. Des. Luiz Mello Guimarães, p. 67-68.]

Quinto. Elementos articulados na denúncia (item 2) não permitem afirmar previsibilidade, menos ainda "aceitação" do resultado. "A colocação de espuma imprópria, de guarda-corpos que teriam dificultado a evacuação e a existência de uma só porta de saída referem-se ao local" e "não determinariam a representação do resultado havido como possível, nem mesmo se associadas ao eventual descaso na manutenção dos extintores e à superlotação que, comum e indevidamente, ocorre em boates, em especial nas mais frequentadas". É *correto o racional apresentado no sentido de que* "o somatório de tais condutas", *por si só,* "não enseja a conclusão de que tal resultado foi previsto pelos agentes", senão a de que deixaram de observar o dever objetivo de cuidado ao não o prever. A conduta situa-se no máximo na esfera da culpa. [Voto do e. Des. Honório Gonçalves da Silva Neto, p. 65-66 do acórdão.]

O fato é que a afirmação do eventual conhecimento de algum risco não significa, de maneira alguma, a aceitação de um perigo que extrapole os limites da culpa. Menos ainda a "aceitação" ou a "anuência" do resultado danoso ao bem jurídico. Bem ao contrário, em nosso entender, a relação psíquica dos autores da conduta com o fato e o bem jurídico tutelado é parte essencial do tipo subjetivo que caracteriza o crime, sendo justamente o que o diferencia de outras condutas penais. Essa relação psíquica deve ser objeto de produção probatória séria e idônea, e não meramente de conjectura, presunção ou mera imputação.

Logo, por todo o exposto, o conjunto de decisões tomadas pelo e. TJRS acerta na resolução técnica e justa do caso penal. O conjunto de provas somente permite a conclusão de que os acusados não previram o resultado como provável e, portanto, não "consentiram" com o resultado do acidente.

9. Recursos aos Tribunais Superiores

9.1. Objeto recursal eminentemente jurídico (questões de direito – in iure*)*

O segundo aspecto do presente parecer versa sobre a eventual reversão do caso nos Tribunais Superiores, por meio de Recursos interpostos pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e pela Assistente de Acusação Associação dos Familiares de Vítimas da Tragédia de Santa Maria (AVTSM).

Os Recursos aos Tribunais Superiores estão concebidos como meios de impugnação intensamente limitados no cabimento e na finalidade na Constituição Federal. O objeto recursal é sempre atinente a questões de direito, nomeadamente de verificação jurídica (*in iure*) da qualidade das decisões proferidas por Tribunais Regionais ou dos Estados.

O Recurso Especial está destinado aos casos de negação ou má aplicação da lei federal em julgado de Tribunal Regional ou Estadual ou em ato de governo local (art. 105, III, da CF). Já o Recurso Extraordinário segue a natureza de Recurso de Revisão de tribunal inferior nas hipóteses taxativas relacionadas à Constituição Federal e ao conflito entre lei local e lei federal (art. 101, III, da CF), sendo de competência do Supremo Tribunal Federal.

A tradição brasileira de cabimento dos Recursos aos Tribunais Superiores restrito a questões jurídicas encontra semelhanças profundas na tradição europeia dos Recursos de Revisão. O Código de Processo Penal alemão (StPO) restringe a admissibilidade do Recurso de Revisão (*Revision*) igualmente a questões eminentemente de direito[21] suscitadas em decisões de câmaras ou Tribunais Regionais (§ 333 do StPO).[22] Os fundamentos para a revisão da decisão do Tribunal Regional estão previstos expressamente na lei processual penal (§ 337 do StPO)[23]

---

21. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht, ein Studienbuch*. 28. ed. München: Beck, 2014. p. 461. n. 1; BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. 9. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2006. p. 329. n. 359; KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht, eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*. 8. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2010. p. 634. n. 1071.

22. § 333 – *Zulässigkeit Gegen die Urteile der Strafkammern und der Schwurgerichte sowie gegen die im ersten Rechtszug ergangenen Urteile der Oberlandesgerichte ist Revision zulässig.*

23. § 337 – *Revisionsgründe (1) Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe. (2) Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist.*

indicando a finalidade de "proteção da unidade do direito"[24] positivada pelo legislador. O conceito central é a "violação da lei" que pode ocorrer por meio da "não aplicação" ou "aplicação não correta" da lei (§ 337, (1) (2), do StPO).[25]

O direito processual italiano também delimita acentuadamente o cabimento e o âmbito de devolutividade aos "motivos de direito" no Recurso para a Corte de Cassação[26] contra o julgamento da apelação, evitando a existência de uma terceira instância recursal.[27] O recurso contra a "violação de lei" está previsto na própria Constituição Italiana (art. 111, *comma* 7, da CI)[28] e no Código de Processo Penal com a indicação de taxativas hipóteses de cabimento[29] (art. 606, *comma* 1, CPPI).[30]

24. BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. 9. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2006. p. 327. n. 559; ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht, ein Studienbuch*. 28. ed. München: Beck, 2014. p. 463. n. 8.
25. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht, ein Studienbuch*. 28. ed. München: Beck, 2014. p. 464. n. 10 e p. 465. n. 16.
26. CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BARGIS, Marta. *Compendio di procedura penale*. 8. ed. Vicenza: Cedam, 2016. p. 874.
27. SCALFATI, Adolfo. *Manuale di diritto processuale penale*. Torino: G. Giappichelli, 2015. p. 792.
28. Art. 111 – La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. [...] Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra.
29. CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BARGIS, Marta. *Compendio di procedura penale*. 8. ed. Vicenza: Cedam, 2016.p. 87.
30. Art. 606 – 1. Il ricorso per cassazione può essere proposto per i seguenti motivi (1): a) esercizio da parte del giudice di una potestà riservata dalla legge a organi legislativi o amministrativi ovvero non consentita ai pubblici poteri (2); b) inosservanza o erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche, di cui si deve tener conto nell'applicazione della legge penale (3); c) inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità [177-186], di inutilizzabilità [63, 103, 191, 195, 228 3, 240, 254 3, 267 2, 270, 350 6, 360 5, 403, 407 3, 526] (3), di inammissibilità [41, 46, 78, 84, 93, 393, 397, 410, 435, 461, 586, 591, 613, 634, 645] o di decadenza [21, 79, 80, 85, 86, 95, 175 3, 182, 458, 585, 646 4] (4); d) mancata assunzione di una prova decisiva, quando la parte ne ha fatto richiesta anche nel corso dell'istruzione dibattimentale limitatamente ai casi previsti dall'articolo 495, comma 2 (5); e) mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato ovvero da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame (6).

O sistema de impugnações recursais ordinário possibilita o exame fático probatório. Residualmente, o esgotamento dos recursos ordinários permite o prosseguimento da revisão eminentemente de direito nos Tribunais Superiores. A impugnação das decisões judiciais tem como protagonista o cidadão-acusado, sendo o recurso uma garantia processual constitucionalizada.[31]

Nesse sentido, existe compreensão dogmática sobre a impossibilidade da interposição recursal pela acusação quando a decisão judicial de primeiro grau for absolutória. O e. Professor Geraldo Prado, seguindo a lição do maestro argentino Julio Maier, afirma que o recurso deveria ser "exclusivo da defesa".[32] Se seria correta a otimização da tutela do cidadão no sistema processual acusatório, eliminando a possibilidade impugnatória por parte do Ministério Público diante da sentença ou acórdão absolutório, há mais razão para a vedação dos Recursos manejados pelo órgão acusatório ou pelo assistente da acusação para a reclassificação da tipicidade.

Feitas as observações, passa-se ao exame da possibilidade jurídica de eventual reversão da decisão do TJRS pelas Cortes Superiores – STJ e STF.

9.2. Inadequação e descabimento do reexame probatório (Súm. 7, do STJ e 279, do STF). Impossibilidade do recurso do Ministério Público. Desinteresse e ilegitimidade recursal do assistente da acusação na mudança da capitulação legal

É de amplo conhecimento que a jurisprudência vigente das Cortes Superiores brasileiras manifesta pacificamente a inadequação do reexame profundo de questões de fato e de provas por via dos Recursos Especial e Extraordinário. Esse

31. DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. *El derecho de aceso a los recursos*: doctrina constitucional. Madrid: Colex, 1998. p. 15.

32. PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da convenção americana de direitos humanos em homenagem às ideias de Julio B. J. Maier. In: BONATO, Gilson (Org.). *Direito penal e processual penal*: uma visão garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 115. A revisão da decisão só pode ser realizada em favor do cidadão-acusado, assim como ocorre no Embargos Infringentes e ocorria no Protesto por Novo Júri. A pretensão de reforma nos Tribunais Superiores da desclassificação jurídica realizada após ampla análise probatória na Corte Estadual subverte a noção do recurso como garantia. Mais detalhes, WUNDERLICH, Alexandre. Por um sistema de impugnações no Processo Penal Constitucional brasileiro. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Escritos de direito penal e processo penal*: em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002 a. p. 15-46.

é o sentido que indiscutivelmente orienta as doutrinas brasileira[33] e internacional dos Recursos aos Tribunais Superiores e dos Recursos de Revisão.

Veja-se alguns exemplos da jurisprudência massiva e recente das 5º e 6º Turmas do e. STJ[34], órgão uniformizador de julgados, até mesmo sobre a específica revisão probatória para fins de reavaliação do dolo, como pretendido no caso dos autos, *e.g.*:

> "Agravo regimental no agravo em recurso especial. Direito penal. Injúria racial. Alegação de ausência de dolo. Absolvição. Impossibilidade. Óbice intransponível da súmula 7/STJ. Regimental improvido. 1. Tal como já referido, para esta Corte rever a condenação do agravante e concluir pela inexistência dos fatos ensejadores da punição, teria, necessariamente, de esmerilar todas as provas dos autos, o que é, categoricamente, proibido pela Súmula 7/STJ e incompatível com a vocação constitucional desta Casa Superior de Justiça de dizer o direito. 2. Portanto, a decisão agravada deve ser mantida intacta pelos seus próprios termos. 3. Agravo regimental improvido." (STJ, AgRg no AREsp 1193717/DF, 5ª Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. 27.02.2018, *DJe* 09.03.2018)
>
> "Agravo regimental no recurso especial. Crime de sequestro e cárcere privado – art. 148 do Código Penal. Caracterização do dolo. Reexame de provas. Impossibilidade. Incidência da súmula 7 desta corte. Precedentes. I. Afastar a conclusão do Tribunal de origem, quanto à ausência do elemento subjetivo do réu, implica o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inadmissível na via do Recurso Especial, a teor da Súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça. II- A decisão agravada não merece reparos, porquanto proferida em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior. III – Agravo Regimental improvido." (STJ, AgRg no REsp 1133709/MG, 5ª T, Rel. Min. Regina Helena Costa, j. 08.05.2014, *DJe* 14.05.2014)

33. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarence. *Recursos no processo penal*: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 269-270; e BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 896.

34. STJ, AgInt no REsp 1684306/SP, 6ª T, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 19.04.2018, *DJe* 11.05.2018; STJ, AgRg no AREsp 1332809/SP, 6ª T, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 06.11.2018, *DJe* 30.11.2018; STJ, AgRg no REsp 1612200/SC, 5ª T, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 04.12.2018, *DJe* 14.12.2018; STJ, AgRg no AREsp 652627/SP, 6ª T, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 13.11.2018, *DJe* 06.12.2018.

Igualmente nesse sentido é a jurisprudência pacífica das 1º e 2º Turmas do STF[35]:

> "Agravo interno no recurso extraordinário com agravo. Penal e processual penal. Crime de homicídio qualificado. Artigo 121, § 2º, I e IV, DO CÓDIGO PENAL. CONTAGEM CONTÍNUA DO PRAZO em matéria penal. Artigo 798 do Código de Processo Penal. Apelo extremo intempestivo. Alegada violação ao artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal. Princípio do nemo tenetur se detegere. Necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos. Impossibilidade. Súmula 279 do STF. Agravo interno desprovido." (STF, ARE 1161459 AgR, 1ª T, Rel. Min. Luiz Fux, j. 23.11.2018, Proc. Elet. *DJe*-256 30.11.2018)
>
> "Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Penal. Revisão criminal. Cabimento. Necessidade de reapreciação de normas infraconstitucionais e do conjunto fático-probatório dos autos. Ofensa indireta à constituição. Incidência da Súmula 279/STF. Inadmissibilidade do recurso extraordinário. Violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Ausência de repercussão geral (Tema 660). Agravo regimental a que se nega provimento. I – Para chegar-se à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, seria necessária a reinterpretação da legislação infraconstitucional aplicável ao caso, sendo certo que a ofensa à Constituição seria apenas indireta, bem como o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai o óbice da Súmula 279/STF. Inviável, portanto, o recurso extraordinário. II – O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 748.371-RG/MT (Tema 660), de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, rejeitou a repercussão geral da controvérsia referente à suposta ofensa aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da prestação jurisdicional, quando o julgamento da causa depender de prévia análise de normas infraconstitucionais, por configurar situação de ofensa indireta à Constituição Federal. III – Agravo regimental a que se nega provimento." (STF, ARE 1132000 AgR, 2ª T., Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26.10.2018, Proc Elet. *DJe*-235, 06.11.2018)

Há um óbice jurídico intransponível: os julgados indicam unanimemente a impossibilidade de examinar todas as provas produzidas na ação penal no âmbito do objeto do recurso federal, seja ele Recurso Especial ou Recurso Extraordinário.

35. No mesmo sentido, STF, ARE 1107575 AgR, 1ª T, Rel. Min. Rosa Weber, j. 30.11.2018, Proc Elet *DJe*-265 11.12.2018; STF, ARE 1161459 AgR, 1ª T, Rel. Min. Alexandre de Morais, j. 06.11.2018, Proc Elet *DJe*-241 14.11.2018; STF, ARE 1161459 AgR, 1ª T, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 06.11.2018, Proc Elet *DJe*-244 19.11.2018.

A impossibilidade de admissão dos Recursos Especial e Extraordinário com a finalidade reexaminar o material probatório produzido em graus de jurisdição anteriores encontra-se evidenciada na edição de duas súmulas atentamente observadas pela jurisprudência. O STJ editou a súmula 7 que diz "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". O STF, rigorosamente no mesmo sentido, estabeleceu a súmula 279: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário".

Diante do cenário exposto, é visível que a pretensão de reforma do acórdão recorrido não pode ser atendida. A mudança da decisão do TJRS para alcançar o injustificado processamento das condutas narradas como se fossem dolosas, não pode ser realizada sem que se proceda ao juízo empírico de completo e profundo reexame do material probatório.

Aplicação diversa da lei penal não tem respaldo na legislação e na ciência penal brasileira e internacional nesse caso. Todavia, apenas por hipótese, se eventualmente houvesse razão para a mudança da imputação penal do tipo subjetivo, essa mudança jamais poderia ocorrer sem a revisão do conjunto do material probatório e sem a verificação da adequação da capitulação legal pelo Poder Judiciário.

Por fim, não há interesse e legitimidade recursal do Assistente da Acusação constituído pela Associação dos Familiares das Vítimas da Tragédia de Santa Maria (AVTSM). O interesse recursal do Assistente da Acusação restringe-se à busca da condenação criminal capaz de servir como título executivo para a reparação do dano patrimonial sofrido pela vítima.[36] Nesse sentido é a previsão taxativa das atividades que podem ser exercidas pelo Assistente de Acusação no art. 271 do CPP.[37]

O Assistente da Acusação tem legitimidade para interpor recurso autonomamente em apenas duas hipóteses: (1) impronúncia do acusado no rito escalonado do júri e (2) extinção da punibilidade. As duas hipóteses são casos que impedem a obtenção do título executivo judicial na conclusão do juízo penal (art. 63 do CPP).[38]

36. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2. p. 498-499.

37. Art. 271. Ao assistente será permitido propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598.

38. Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória,

Logo, no caso em questão, falta interesse e legitimidade recursal para que o Assistente de Acusação rediscutir o conjunto probatório por meio de Recursos aos Tribunais Superiores. A pretensão de requalificação jurídica do fato a partir das provas obtidas na instrução não é essencial para a reparação de eventual dano patrimonial, haja vista que os acusados não estão inocentados ou com as suas punibilidades extintas. As corretas decisões do *TJRS* não inocentaram os acusados que seguem respondendo processo penal.

9.3. Manifestação do Ministério Público em parecer ofertado no STJ – Recurso Especial 1.790.039/RS

A avaliação dos conceitos de culpa consciente e de dolo eventual não pode ser feita por meio de presunções. As consequências processuais na determinação da competência penal são evidentes e precisam ser ressaltadas diante do perigo de deterioração dos conceitos clássicos do Direito Penal.

Infelizmente, é frequente que, em casos como o presente, as denúncias apresentem intencionalmente visão redutora da realidade, ampliando a responsabilidade subjetiva sobre os elementos objetivos, dando elasticidade demasiada ao conceito de dolo eventual. É isso que se observa e se denuncia há mais de duas décadas alcançando eco na doutrina e na jurisprudência.

O Ministério Público com atuação no STJ, fiscal da legalidade por ordem constitucional, agiu como mero acusador no Parecer 20.180/2019/GAB/AM, ofertado nos autos do Recurso Especial 1.790.039/RS em tramitação na Sexta Turma, sob relatoria do Exmo. Ministro Rogério Schietti Cruz, sendo recebido pelos subscritores durante a redação do parecer.

Após os estudos realizados e o acurado exame dos autos, entendemos que não há como proceder à alteração da capitulação legal pretendida pelo Ministério Público, de forma puramente jurídica, sem revisitar materialmente a totalidade do conjunto probatório. O pedido é impossível.

A afirmação de que a decisão de pronúncia encerra um simples juízo de admissibilidade da acusação não é razoável e nem aplicável ao caso em concreto, exigindo a manifesta existência de indícios de autoria e materialidade do crime doloso contra a vida.

---

a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IX do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

O caso em questão trata da correta classificação jurídica dos fatos objeto da produção probatória, como sendo hipótese manifestamente diversa do dolo eventual. Afirma-se isso sob pena de distorcer o material probatório e a diferenciação científica entre os conceitos técnicos de dolo eventual e de culpa consciente. Não há qualquer tipo de usurpação de competência constitucional do Júri. Aliás, a acusação deveria ter sido ajuizada no juízo comum por crime culposo e, se assim tivesse sido, muito provavelmente a ação penal de Santa Maria estaria julgada e os réus responsabilizados.

Veja-se que o afastamento da imputação de dolo eventual ocorreu justamente pelo confronto da descrição da denúncia com as provas colhidas na instrução probatória. A pretensão recursal trazida pelo Ministério Público e pela Assistência da Acusação significa, no fundo, o reexame do material probatório em grau de revisão recursal não ordinária (terceiro grau). Essa pretensão não se apoia na ciência jurídica e contraria o entendimento sumulado dos Tribunais Superiores.

10. Síntese da consulta

O resumo das razões que fundamentam o nosso parecer diante dos fatos apresentados e da ciência penal pode ser apresentado na seguinte forma:

1º quesito. É cientificamente correta a desclassificação da imputação jurídica da figura do dolo eventual para a da culpa consciente feita pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), no acórdão fruto dos Embargos infringentes 70075120428[39]*, diante das condutas imputadas na denúncia e do conjunto probatório reunido na instrução processual?*

Sim, é correta a decisão de desclassificação determinada pelo TJRS. Pontuam-se as seguintes razões: (a) as diversas teorias científicas do dolo eventual apontam para a inexistência de dolo eventual no caso analisado; (b) os argumentos acusatórios são insuficientes para a prova da alegada aceitação do perigo do resultado, servindo, no máximo, como indicativo do conhecimento do risco não aceito próximo à culpa consciente; (c) a natureza dos fatos, as repercussões pessoais e patrimoniais da catástrofe, indicam a inexistência de previsão e, menos ainda, de aceitação do resultado pelos acusados; já que as circunstâncias fáticas desenhadas não são demonstrativas de agir doloso mesmo diante dos elementos elencados para essa imputação. No caso, o aludido "homicídio qualificado" por

39. TJRS, Embargos Infringentes e de Nulidade 70075120428, 1º GC, Rel. Des. Victor Luiz Barcellos Lima, j. 01.12.2017, *DJe* 22.01.2018.

"motivo torpe" em razão da "revelação de total indiferença e desprezo pela vida e pela segurança dos frequentadores" do centro da tragédia, sequer seria possível, pois seria o mesmo que os acusados aceitarem a colocação da vida pessoal, de amigos e familiares e do patrimônio em perigo. Particularmente para o consulente, a eventual responsabilização por dolo eventual significaria dizer que anuiu em sua própria morte e da sua esposa "grávida", que também estava no local. E, por fim, (d) a rejeição da imputação por dolo eventual em caso semelhante de incêndio referido na jurisprudência e na ciência jurídica comparada.

2º quesito. Os Recursos aos Tribunais Superiores possuem cabimento e adequação (elementos do juízo de admissibilidade) para a revisão do conjunto probatório necessário para a redefinição do elemento subjetivo geral do tipo?

Não, os Recursos aos Tribunais Superiores possuem natureza e finalidade próprias que impedem o reexame total do conjunto probatório necessário para alterar a imputação do *tipo penal subjetivo*. Isso ocorre sinteticamente pelas seguintes razões: (a) a necessidade de verificação empírica dos elementos subjetivos do tipo penal, incapaz de pura análise lógico-jurídico, (b) a inadequação e o não cabimento recursal para a revisão total do conjunto probatório, impossibilitando nova classificação jurídica do tipo com base no profundo exame probatório e (c) a eficácia do âmbito de cobertura das súmulas 7, do STJ e 279, do STF, bem como a jurisprudência corrente nos Tribunais Superiores.

11. Referências bibliográficas

BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang; EISELE, Jörge, *Strafrecht, allgemeiner Teil; Lehrbuch*. 12. ed. Bielefeld: Gieseking, 2016.

BELING, Ernst von. *Die Lehre vom Verbrechen*. Tübingen: Mohr, 1906.

BELING, Ernst von. *Die Lehre vom Tatbestand*. Tübingen: Mohr, 1930.

BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. 9. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Alberto. *Elementi di diritto penale*. Parte generale. 6. ed. Vinceza: Wolter Kluwer, 2015.

CARO JOHN, Jose Antonio. *Dogmática penal aplicada*. Lima: Ara Editores, 2010.

CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BARGIS, Marta. *Compendio di procedura penale*. 8. ed. Vicenza: Cedam, 2016.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. Parte geral. Questões fundamentais da doutrina do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I.

DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. *El derecho de aceso a los recursos*: doctrina constitucional. Madrid: Colex, 1998.

EISELE, Jörg. In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch, Kommentar*. 30. ed. München: Beck, 2019.

ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Neudruck der Ausg. Berlin 1930. Aalen: Scientia, 1964.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarence. *Recursos no processo penal*: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts, allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht, eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*. 8. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2010.

PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da convenção americana de direitos humanos em homenagem às ideias de Julio B. J. Maier. In: BONATO, Gilson (Org.). *Direito penal e processual penal*: uma visão garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PULITANÒ, Domenico. *Diritto penale*. 4. ed. Torino: Giappichelli, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REGIS PRADO, Luiz. *Curso de direito penal brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ROXIN, Claus Roxin. *Strafrecht, allgemeiner Teil, Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4. ed. München: Beck, 2006.

ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht, ein Studienbuch*. 28. ed. München: Beck, 2014,

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

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

SCALFATI, Adolfo. *Manuale di diritto processuale penale*. Torino: G. Giappichelli, 2015.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts, allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht, eine systematische Darstellung*. 11. ed. Berlin: De Gruyter, 1969.

WUNDERLICH, Alexandre. O dolo eventual nos homicídios de trânsito: uma tentativa frustrada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1998.

WUNDERLICH, Alexandre. Por um sistema de impugnações no Processo Penal Constitucional brasileiro. In: WUNDERLICH, Alexandre. *Escritos de direito penal e processo penal*: em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002 a.

WUNDERLICH, Alexandre. O dolo eventual nos homicídios de trânsito como uma tentativa frustrada: a reafirmação de uma posição. In: BUSATO, Paulo, SÁ Priscila P., SCANDELARI, Gustavo (Coord.). *Perspectivas das Ciências Criminais*, Rio de Janeiro, 2016.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual, de Sérgio Salomão Shecaira – *RBCCrim* 64/222-238 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 2 (DTR\2007\11);
- Ensaio sobre o dolo eventual, a culpa consciente e o preterdolo (o caso da morte do indígena Pataxó – Hã-Hã-Hãe Galdino Jesus dos Santos), de Damásio E. de Jesus – *RT* 747/513-533 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 2 (DTR\1998\107);
- Dolo eventual e culpa consciente, de Fábio Bittencourt da Rosa – *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 2/1211-1214 (DTR\2012\1608); e
- Anotações sobre o estudo da *recklessness* na doutrina penal italiana: por uma terceira forma de imputação subjetiva?, de Sheila Jorge Selim de Sale – *RBCCrim* 137/125-149 (DTR\2017\6613).