85924

ISSN 1415-5400

# Revista Brasileira de
# CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 24 • vol. 122 • agosto / 2016

*Coordenação (editora-chefe)*
Marina Pinhão Coelho Araújo

*Editor-associado (volume especial Lava Jato)*
Diogo Rudge Malan

*Publicação oficial do*
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
IBCCRIM
BIBLIOTECA

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

# Diretoria da Gestão 2015/2016

## Diretoria Executiva

*Presidente*
Andre Pires de Andrade Kehdi
*1.º Vice-Presidente*
Alberto Silva Franco
*2.º Vice-Presidente*
Cristiano Avila Maronna
*1.º Secretário*
Fábio Tofic Simantob
*2.ª Secretária*
Eleonora Rangel Nacif
*1.ª Tesoureira*
Fernanda Regina Vilares
*2.ª Tesoureira*
Cecília de Souza Santos
*Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais*
Carlos Roberto Isa

## Conselho Consultivo

Carlos Vico Mañas
Ivan Motta
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Marta Cristina Cury Saad Gimenes
Sérgio Mazina Martins

## Ouvidor

Yuri Felix

## Suplentes da Diretoria Executiva

André Adriano Nascimento da Silva
Andrea Cristina D'Angelo
Bruno Amabile Bracco
Daniel Zaclis
Danilo Dias Ticami
Roberto Luiz Corcioli Filho
Rogério Fernando Taffarello

## Coordenadores-Chefes dos Departamentos

*Amicus Curiae*
Diogo Rudge Malan
*Biblioteca*
Bruno Salles Pereira Ribeiro
*Boletim*
José Carlos Abissamra Filho
*Comunicação e Marketing*
Rogério Fernando Taffarello
*Convênios*
Matheus Pupo
*Cursos*
Paulo Sérgio de Oliveira
*Estudos e Projetos Legislativos*
Renato Stanziola Vieira
*Iniciação Científica*
Alexis Couto de Brito
*Mesas de Estudos e Debates*
Andrea Cristina D'Angelo
*Monografias*
Fábio Roberto D'Avila

*Núcleo de Pesquisas*
Bruna Angotti
*Relações Internacionais*
Helena Regina Lobo da Costa
*Revista Brasileira de Ciências Criminais*
Marina Pinhão Coelho Araújo
*Revista Liberdades*
Roberto Luiz Corcioli Filho

## Presidentes dos Grupos de Trabalho

*Código Penal*
Juliana Garcia Belloque
*Estudo sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos*
Milene Cristina Santos
*Estudos das Escolas Penais*
Alexis Couto de Brito
*Infância e Juventude*
Giancarlo Silkunas Vay
*Justiça e Segurança*
Humberto Barrionuevo Fabretti
*Política Nacional de Drogas*
Cristiano Avila Maronna
*Sistema Prisional*
Bruno Shimizu

## Presidentes das Comissões Organizadoras

*22.º Seminário Internacional*
Sérgio Salomão Shecaira
*20.º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCRIM*
Fábio Roberto D'Avila
*Atualização do Vocabulário Básico Controlado – VBC*
Renato Watanabe de Morais
*Concessão de bolsas de estudo e desenvolvimento acadêmico*
Eleonora Rangel Nacif

## Comissão Especial IBCCrim – Coimbra

*Presidente*
Beatriz Dias Rizzo
*Secretário-geral*
Rafael de Souza Lira

# Revista Brasileira de **CIÊNCIAS CRIMINAIS**

Ano 24 • vol. 122 • agosto / 2016



*Diretora Responsável*
**Marisa Harms**

*Diretora de Operações de Conteúdo*
**Juliana Mayumi Ono**

*Editores:* Aline Darcy Flôr de Souza, Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Iviê A. M. Loureiro Gomes, Luciana Felix e Marcella Pâmela da Costa Silva

*Assistentes Administrativo Editorial:* Francisca Lucélia Carvalho de Sena e Juliana Camilo Menezes

Produção Editorial
*Coordenação*
**Daniel Cesar Leal Dias de Carvalho**

***Analistas de Operações Editoriais:*** Aline Almeida da Silva, André Furtado de Oliveira, Damares Regina Felício, Danielle Rondon Castro de Morais, Felipe Augusto da Costa Souza, Felipe Jordão Magalhães, Fernanda Teles de Oliveira, Flávia Campos Marcelino Martines, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Juliana Cornacini Ferreira, Maria Eduarda Silva Rocha, Maurício Zednik Cassim, Patrícia Melhado Navarra, Rafaella Araujo Akiyama, Thiago César Gonçalves de Souza e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

Qualidade Editorial e Revisão
*Coordenação*
**Luciana Vaz Cameira**

*Analistas de Qualidade Editorial*: Carina Xavier Silva, Cinthia Santos Galarza, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Marcelo Ventura e Maria Angélica Leite

*Analistas Editoriais:* Daniele de Andrade Vintecinco, Maria Cecilia Andreo e Mayara Crispim Freitas

*Capa:* Andréa Cristina Pinto Zanardi

*Administrativo e Produção Gráfica*

*Coordenação*
**Caio Henrique Andrade**

*Analista Administrativo:* Antonia Pereira

*Analista de Produção Gráfica:* Rafael da Costa Brito

# SUMÁRIO

O direito de defesa na Lava Jato

*The right to defense in the "Car Wash Operation"*

ALBERTO ZACHARIAS TORON ..... 15

Limites ao compartilhamento de provas no processo penal

*The limits set for evidences produced in another case in criminal procedure*

ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO ..... 43

Imunidades parlamentares: aspectos processuais penais

*Parliamentary immunity: criminal procedure aspects*

DIOGO MALAN ..... 63

A colaboração por meio do acordo de Leniência e seus impactos junto ao Processo Penal Brasileiro – Um estudo a partir da "Operação Lava Jato"

*Collaboration by means of a Leniency Agreement and its impact on the Brazilian Criminal Procedure - A study that stemmed from "Lava Jato Operation"*

FLAVIANE DE MAGALHÃES BARROS BOLZAN DE MORAIS E

DANIELA VILLANI BONACCORSI ..... 93

Novos paradigmas da prisão preventiva: um claro retrocesso

*New paradigms of pretrial detention: a clear setback*

FLÁVIO MIRZA ..... 115

Entre a imparcialidade e os poderes de instrução no caso Lava Jato: para além da iniciativa probatória do juiz

*Between impartiality and the powers of evidence production in "Lava Jato Operation": beyond the probative evidence of the judge*

GERALDO PRADO ..... 135

A conexão no processo penal, segundo o princípio do juiz natural, e sua aplicação nos processos da Operação Lava Jato

*The connection between cases in a criminal case – according to the Natural Judge Principle – and how it was applied in "Lava Jato Operation" cases*

GUSTAVO BADARÓ ..... 171

Interceptação telefônica e obscurantismo inquisitório: o que aprender com a Lava Jato?

*Wiretapping and inquisitorial obscurantism: what can we learn from the "Lava Jato Operation"?*

LEONARDO AUGUSTO MARINHO MARQUES ..... 205

Crítica à cobertura midiática da Operação Lava Jato

*A criticism of the "Lava Jato Operation" media coverage*

MARCUS ALAN DE MELO GOMES ..... 229

A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato

*The willful blindness doctrine applied to the trials of "Lava Jato Operation"*

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA ..... 255

Nulidades na imputação criminal: Operação Lava-Jato e o art. 383 do CPP

*Nullities on criminal imputation: "Lava Jato Operation" and art. 383 of Brazilian Criminal Procedure Code*

RICARDO JACOBSEN GLOECKNER ..... 281

A espetacularização do processo penal

*The spectacularization of the criminal procedure*

RUBENS R. R. CASARA ..... 309

Dosimetria da pena: diretrizes e limites constitucionais (análise de caso – parecer: "Operação Lava Jato")

*Guidelines for Sentencing and Constitutional Limits (A case study analysis of the "Lava Jato" investigation in Brazil)*

SALO DE CARVALHO ..... 319

Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato"

*Cooperation agreements and incentives to cooperate in the criminal procedure: a critical analysis of the "Lava Jato Operation"*

THIAGO BOTTINO ..... 359

Índice Alfabético-remissivo

Autores ..... 393

Temas ..... 394

Política Editorial – Revista Brasileira de Ciências Criminais ..... 399

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

Condições para submissão (Check List) ..... 415

Edital – Chamada de artigos – Dossiês 2017 ..... 417

859125

# O direito de defesa na Lava Jato

## *The right to defense in the "Car Wash Operation"*

**Alberto Zacharias Toron**

Advogado, Mestre e Doutor em Direito pela USP, ex-Presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), ex-Diretor do Conselho Federal da OAB e Professor de Processo Penal da Fundação Armando Alvares Penteado (FAAP).
aztoron@terra.com.br

**Área do Direito:** Processual; Penal

**Resumo:** O texto procura mostrar que o fenômeno da corrupção sistêmica não é novo no Brasil e a Operação Lava Jato só conseguiu o êxito marcante nas investigações mediante a utilização desmedida e prolongada de prisões preventivas, que levaram a um elevado número de delações premiadas. Comparada com o processo do Mensalão (AP-470), na Lava Jato o devido processo legal também foi atropelado, não apenas pelo desprezo ao princípio da presunção de inocência, mas também pela escassez de tempo para a apresentação das defesas, denúncias fatiadas com o comprometimento da compreensão da narrativa fática e dificuldades de se conversar com os presos por meio de interfone no parlatório da cadeia na Polícia Federal. Por fim, aponta-se a gravidade da proposta do Ministério Público Federal nas "Dez Medidas contra a Corrupção" que, além de pretender o incremento de penas e endurecimento no tratamento processual, busca restringir o cabimento do habeas corpus. A paridade de armas, a prevalecer tal proposta, fica duramente atingida.

**Palavras-chave:** Lava Jato – Devido processo legal – Prisão preventiva – *Habeas corpus*.

**Abstract:** The objective of this paper is to show that systemic corruption is not a new phenomenon in Brazil and that the "Car Wash Operation" was only able to achieve a high degree of success in its investigations because of the excessive and prolonged use of preventive detention, which led to a high number of plea bargains. Compared to the Vote-buying Scandal (known as Mensalão/criminal suit 470), investigations and criminal suits related to the Car Wash Operation the due process of law and the presumption of innocence were also infringed – since the accused had to provide a defense within a period of time that was too short, the criminal suits were split into parts, which led to an impaired understanding of the overall facts and lawyers found it difficult to talk to their clients by using the intercom at the Federal Police detention center. The article also addresses the "ten proposals against corruption" a reform package set forth by the Federal Prosecutor's Office that, besides its purposes of increasing prison sentences and hardening criminal procedure, aims to restrict the use of habeas corpus. If the proposals are approved, equality of arms will be hit hard.

**Keywords:** The Car Wash Operation – Due process of law – Preventive Detention – *Habeas Corpus*.

Toron, Alberto Zacharias. O direito de defesa na Lava Jato.
*Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 122, p. 15-41, ago. 2016.

SUMÁRIO: Introdução – I. *Blitzkrieg* e devido processo legal – II. Prisões preventivas a granel – III. Processos fatiados, informações incompletas e pouco tempo para as defesas – IV. As dez propostas contra a corrupção do MPF – V. Conclusão – Referências bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

Há 50 anos o jornal Folha de S. Paulo estampava a seguinte manchete: "*Governo cassará mandatos de políticos envolvidos em 'caixinha'*". No corpo da matéria vinha a informação: "Fonte do Ministério da Justiça anunciou que o presidente Castello Branco 'não hesitará em cassar mandatos e suspender direitos políticos de deputados, acerca dos quais se colham *indícios seguros* de venalidade para fins eleitorais. O ministro Mem de Sá conversou com o SNI para verificar 'se e onde está havendo compra de votos e de passes de deputados, para eleger candidatos à custa de dinheiro público, com empréstimos e *contribuição de empreiteiros de obras públicas*' e outros tipos de caixinhas". E, de forma até branda para os dias de hoje, concluía: "corruptos precisam ficar advertidos para não caírem em 'vigarice'".[1]

A retórica do então ministro da Justiça, Mem de Sá, que fala em indícios seguros e advertência a corruptos, parece água com açúcar se comparada com a dos dias de hoje em que a corrupção ganha foros de crime hediondo e em nome do combate a esta o respeito ao figurino legal, também conhecido por devido processo legal, é colocado em segundo lugar. É como se ganhasse vida a conhecida frase de ENGELS no "A origem da família, da propriedade privada e do Estado", "*a sociedade precisou de meios bárbaros para sair da barbárie*".

O Brasil, mesmo possuindo um formidável elenco de direitos e garantias individuais na sua Constituição, vive uma dicotomia: prende-se amiúde, como se não existisse qualquer garantia quanto à presunção de inocência, conversas privadas são interceptadas e divulgadas, como se os investigados não tivessem qualquer direito à privacidade ou imagem. Pior, ganha corpo o sentimento de que quem critica atitudes arbitrárias do Judiciário é tachado como alguém "a favor da corrupção". A partir do momento em que Promotores e Procuradores promovem na imprensa uma campanha "contra a corrupção", passam a justificar tudo o que fazem (mesmo seus erros), legitimados por um objetivo nobre. E quem vai contra eles — inclusive advogados no exercício de sua função — é automaticamente visto como inimigo da sociedade. Antonio Cezar Bochenek,

1. *Folha de S. Paulo*. 04.06.1966, republicada em 04.06.2016, p. B2.

juiz federal, atual presidente da AJUFE, Associação dos Juízes Federais, em artigo jornalístico, resumiu bem a significação social da Lava Jato:

> A corrupção sistêmica, impregnada nos entes estatais, está sendo revelada por diversos personagens e instituições que colaboram para a construção de um pensamento coletivo, visando uma sociedade melhor. *A Lava Jato é hoje um patrimônio imaterial da sociedade brasileira.*
>
> O Judiciário é a última garantia da sociedade que anseia por um país melhor. Nisso não há nenhum excesso, tampouco uma 'ditadura do judiciário'. Muito pelo contrário: cada instituição cumprirá seus objetivos se fizer a sua parte. Nada além da obrigação e da contrapartida pela sua missão.[2]

Mesmo sem entender a parte final do texto do juiz-presidente da AJUFE [*Nada além da obrigação e da contrapartida pela sua missão*], a Lava Jato, em certa medida, constitui (ao menos é vista assim por amplos setores da imprensa e da opinião pública) uma espécie de *processo civilizatório* do país. Finalmente, não apenas grandes empresários foram apanhados pelas malhas da Justiça Penal, como se desnudou um forte esquema de corrupção existente entre o empresariado do setor de obras públicas e os políticos que dirigem o Estado. Há outros esquemas, claro. Celso Antonio Bandeira de Mello, já nos anos 70, em suas aulas, questionava como é possível que, sendo o Estado um mal pagador, estejam as grandes fortunas do país nas mãos de donos de empreiteiras. A *Lava Jato* dá conta de começar a responder.

Engana-se, por outro lado, quem afirma que o PT inventou essa corrupção ou a institucionalizou. É eloquente pelo que se lê da notícia publicada pela Folha há 50 anos, acima transcrita, que a corrupção sistêmica é muito antiga. A diferença é que agora, num regime de plena liberdade, ela é mais evidente. Quando alguém diz que "nunca se viu tanta corrupção neste país", tem certa razão. Ela aparece mais não somente porque a imprensa a divulga, mas – o que é mais importante – porque os órgãos incumbidos da apuração e repressão, da Polícia ao Judiciário, estão atuando sem peias de qualquer espécie. Não temos hoje a triste figura de um *Engavetador* Geral da República.

Se há um forte clamor pelo efetivo controle e desmantelamento do regime de corrupção, não é possível fechar os olhos; ao contrário, torna-se imperioso que o Estado atue. A repressão é importantíssima, mas, que ninguém se iluda,

2. BOCHENEK, Antonio Cezar. A Lava Jato não pode parar. *Folha de S. Paulo*. 02.06.2016, p. A3.

atua topicamente. Se a base material que viabiliza a corrupção não for modificada, ou, em outras palavras, não houver um rearranjo político-econômico, de modo a se impedir que os partidos fatiem o Estado, novas ondas de corrupção surgirão e novos casos virão às manchetes.

O ponto para reflexão consiste em saber se, diante da necessidade imperiosa de se apurar e reprimir com vigor práticas criminosas graves e do maior relevo para a nação, o respeito aos direitos e garantias fundamentais pode ser relativizado ao ponto de se comprometer a garantia de defesa.

## I. *BLITZKRIEG* E DEVIDO PROCESSO LEGAL

*Blitzkrieg* (termo alemão para "guerra-relâmpago") é representativa de uma doutrina militar que consistia em utilizar forças móveis em ataques rápidos e de surpresa, com o intuito de evitar que as forças inimigas tivessem tempo de organizar a defesa. Seus três elementos essenciais eram o efeito *surpresa*, a *rapidez* da manobra e a *brutalidade* do ataque, e seus objetivos principais, a desmoralização do inimigo e a desorganização de suas forças – paralisando seus centros de controle. A utilização coordenada da infantaria, de blindados e da força aérea foi fundamental para o reconhecido êxito da Alemanha nazista, ao menos nos primeiros anos da Segunda Guerra Mundial.

A Lava Jato não fez muito diferente. Investigou na surdina, ouvindo 'a vida dos outros'; é a chamada fase latente da operação. Depois prendeu de *surpresa* quase todos os investigados; agiu com *rapidez* incomum e *pari passu* divulgavam-se alguns dados cobertos pelo sigilo para comprometer a imagem dos presos de forma acentuada e indelével. Assim, se legitimavam perante a opinião pública as prisões. Houve gente inocente presa. Mas a gravidade do quadro gerava o clamor e tornava irrelevante os *pequenos* equívocos. A imprensa aplaudia a ação e com ela a enorme maioria das pessoas. Por outro lado, os bens dos investigados eram bloqueados. Prisão para investigar e processar como regra + bloqueio de bens e contas + escracho público dão o tom da *brutalidade* da ação. Sim, o sistema penal de um país democrático, que consagra a presunção de inocência, não pode liberar de saída, logo no início da investigação, como na inquisição, sua força, tratando como culpados, investigados que se deveriam presumir inocentes.

Veja-se, para citar outro exemplo e que ilustra a gravidade de *ações brutais*, o pedido de prisão preventiva do ex-Presidente Lula, hoje septuagenário, ou mesmo sua condução coercitiva para depor.

O pedido de prisão preventiva contra o presidente Lula, externado fora do âmbito da Lava Jato, mas em investigação paralela à Lava Jato, conduzida por

Promotores de Justiça de São Paulo, foi técnica e politicamente tão absurdo que teve o único mérito de unir a oposição e a situação no Congresso a criticá-lo. Foi emocionante ver Miguel Reale Jr., peessedebista militante e ácido crítico do PT, em pleno *Jornal Nacional*, não só criticar o pedido de prisão preventiva, mostrando sua inconsistência e ilogicidade, como também defendendo o direito de o ex-presidente externar sua indignação, como cidadão e político que é. Já a justificativa dada para legitimar a sua condução coercitiva chega a causar arrepios, menos pela inconsistência técnica e mais pelo cinismo com que foi explicada posteriormente. É duro dizer o óbvio, mas o caldo de cultura da violência estatal, pseudo legitimada pelo combate ao crime organizado e a corrupção, assusta. Sim, foram mais de 100 conduções coercitivas na Lava Jato e ninguém falou nada! Ninguém nem falou, uma vírgula. Alto lá!

Como escreveu na *Folha de S. Paulo*[3] o grande advogado Luis Francisco Carvalho Filho, ninguém reclamou antes porque a condução coercitiva é menos grave que a prisão. Mas a ilegalidade é a mesma: só se conduz coercitivamente quem, devidamente intimado, não comparece para prestar depoimento.[4] Depois, no caso do ex-presidente Lula, houve, com a condução coercitiva, uma nítida ação desmoralizadora; que humilha a pessoa. O objetivo é claro: impedir que a pessoa se organize, inclusive orientando-se com um advogado, para prestar seu depoimento. Isso é inaceitável num Estado de Direito. Advirta-se, porém, é a cara da Lava Jato. As pessoas, salvo o almirante *[Othon Luiz Pinheiro da Silva, ex-presidente da Eletronuclear]*, que os militares cuidaram de proteger bem — ufa, ao menos um —, foram expostas pela mídia em seus deslocamentos; é o escracho como se fazia na Santa Inquisição. É uma reedição moderna dos Autos de Fé. Parece despiciendo dizer que, sim, é preciso combater a criminalidade e com rigor, mas respeitado o devido processo legal e, sobretudo, a dignidade humana.

Noves fora, concorria para dificultar a ação da defesa, desorganizando-a, o fato de que na carceragem da Polícia Federal, eufemisticamente chamada de Custódia, só se fala com o preso por meio de um *interfone*. Ninguém tem provas de que a conversa seja grampeada, mas o temor de que o seja, por si só, tira a liberdade da conversa do preso com seu advogado. Por vezes o cliente

3. CARVALHO FILHO, Luis Francisco. Condução de Lula pode ter sido passo em falso. *Folha de S. Paulo*. 12.03.2016.

4. O Partido dos Trabalhadores ajuizou *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (ADPF) *n. 395* discutindo a incompatibilidade parcial da regra prevista no art. 260 do CPP com o direito de não ser compelido a fazer prova contra si mesmo (art. 5.º, LXIII, da CF).

preso deseja retratar uma situação que, independentemente de não poder ser utilizada como prova no processo, não pode ser sequer conhecida pelos investigadores. A jurisprudência do STJ, particularmente a da 5ª Turma, que é a incumbida de conhecer as questões da Lava Jato, apesar da letra clara da lei de que a conversa do advogado com o preso deve ser realizada em local reservado e ser pessoal (Lei 8.906/1994, art. 7.º, III), é no sentido da legalidade do meio disponibilizado para a conversa entre preso e advogado.[5] Diverso, porém, é o entendimento de importante decisão do STF[6] sublinhando que a conversa de ser estabelecida "*sem as limitações naturais*" do cárcere permitindo-se a conversa entre o profissional da defesa e o preso de forma franca e livre de receios.

A utilização da mídia, alimentada, não se sabe como e por quem, com dados sigilosos, criou a legitimação para as prisões e para toda a sorte de atropelos da defesa, em seguida elencados. Não menos importante foi a confirmação pelo Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região dos atos do juiz Sergio Moro, aliás, incensado em todos os lugares. O habeas corpus, salvo raríssimas exceções, revelou-se um instrumento ineficaz até mesmo no STJ. Só o STF atendeu alguns reclamos e, ainda assim, exceto no primeiro habeas corpus do paciente Renato Duque, ex-diretor da Petrobras (*HC 125.555*), nunca superando a Súmula 691.

Com prisões preventivas que se perpetuavam e delações de gerentes e diretores da Petrobras divulgadas, quando conveniente e pontualmente, aos quatro cantos, a perspectiva de condenação era alta, ainda mais se considerado o *perfil* do juiz da causa. Daí para os empresários, homens, na maioria com mais de 60 anos, "sensibilizarem-se" para a denominada *delação premiada*, que passou a ser uma verdadeira estratégia de defesa, não demorou.

---

5. *HCs 130.184*, Rel. Min. Jorge Mussi (*DJe* 14.06.2010) e, entre outros, *166.532*, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze (*DJe* 28.11.2011). No primeiro julgado há um belo voto vencido do Min. Napoleão Nunes Maia, dizendo que essa coisa de interfone "parece coisa de cinema, em filme americano".

6. No protocolizado sob o n. *79.597/2007*, o Min. Celso de Mello decidiu que "*considerando* o que dispõe o art. 7.º, III, da Lei 8.906/1994, *fica autorizado* o Advogado Dr. Rogério Marcolini *a comunicar-se e a avistar-se*, *reservadamente*, com o seu cliente, Cesare Batisti, o ora extraditando, no local em que custodiado, '(...) *sem as limitações naturais* impostas pela própria estrutura física do locutório da carceragem da Superintendência da Regional do Departamento de Polícia Federal no Distrito Federal, *de modo que*, *sem* barreira *ou* obstáculo, *possam*, advogado e cliente, *juntos*, manusear cópia dos autos do pedido de extradição, a fim de que a defesa possa instruir-se a propósito dos fatos atribuídos ao extraditando, ocorridos fora do Território Nacional" (j. em 28.05.2007, grifos do original).

O apregoado e constatado sucesso da Lava Jato tem a ver com a conjugação destes fatores. Se comparado com o processo do Mensalão (*AP- 470*), que não foi uma operação, mas do ponto de vista acusatório foi coroado de pleno êxito, as diferenças são assustadoras.

O Mensalão, embora tivesse um relator muito voluntarioso, que dissesse coisas assustadoras do ponto de vista da defesa, foi um processo conduzido por um colegiado e seguiu padrões mais tradicionais que os da Lava Jato. A segunda grande diferença é que no processo do Mensalão, não tivemos réus presos preventivamente. E, muito menos, réus presos para forçá-los a fazer delação premiada. O ministro Teori Zavascki disse, no *habeas corpus 127.186*, que é inadmissível utilizarem-se de prisões preventivas — que têm um caráter processual e devem objetivar garantir a ordem pública e evitar problemas na instrução criminal — instrumentalmente para forçar pessoas a falar, num desvirtuamento inadmissível. Nas suas exatas palavras, que são o voto condutor do aresto:

> (...) *seria extrema arbitrariedade* – que certamente passou longe da cogitação do juiz de primeiro grau e dos Tribunais que examinaram o presente caso, o TRF da 4ª Região e o Superior Tribunal de Justiça – *manter a prisão preventiva como mecanismo para extrair do preso uma colaboração premiada*, que, segundo a Lei, deve ser voluntária (Lei 12.850/2013, art. 4.°, *caput* e § 6.°). *Subterfúgio dessa natureza*, além de atentatório aos mais fundamentais direitos consagrados na Constituição, *constituiria medida medievalesca que cobriria de vergonha qualquer sociedade civilizada.*[7]

Mas foi esse desvirtuamento, qualificado como *medievalesco* pelo STF, que foi fundamental para o sucesso da operação Lava Jato. Deve ficar claro que tal estratégia não é só do operoso juiz condutor do feito em primeiro grau; isso é uma coisa que contou com o aval do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Superior Tribunal de Justiça. Enquanto as provas do mensalão eram essencialmente documentais, uma ou outra escuta telefônica, as provas da Lava Jato são essencialmente documentais e decorrentes de delações. Mesmo que se diga que muitas delações foram feitas por réus soltos, não é menos verdadeiro que tiveram como *inspiração* as inúmeras prisões, o tempo que duraram e a perspectiva de condenações a penas altas.

No julgamento do *habeas corpus 91.386*, concedido no caso da Operação Navalha para revogar a prisão preventiva de um dos investigados, o Ministro

7. *DJe* 03.08.2015.

Gilmar Mendes advertiu para que "a proteção dos cidadãos no âmbito dos processos estatais é justamente o que diferencia um regime democrático daquele de índole autoritária". Em outra passagem, realça que a escorreita aplicação das garantias constitucionais "é que permite avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado de Direito e distinguir civilização de barbárie".[8] Nessa linha, concluiu, lembrando o escólio de Claus Roxin, para quem "o direito processual penal é o sismógrafo da Constituição, uma vez que nele reside a atualidade política da Carta Fundamental".[9]

A despeito das inúmeras decisões de caráter garantidor com que o STF brindou a cidadania, no caso da Operação Lava Jato, a Suprema Corte quis manter um distanciamento – quiçá para evitar o desgaste perante a opinião pública – e a demora até se chegar a ela fez, na essência, toda a diferença, uma vez que os presos, depois de mais de 6 meses de cárcere, sucumbiam às vantagens da delação premiada, que passou a ser uma estratégia de defesa, além de um método de obtenção de prova.

Na sequência, vamos ver os fundamentos para as prisões preventivas; a estratégia do juiz para mantê-las decretando novas às vésperas do julgamento pelo STF e o absurdo fatiamento das denúncias. Por fim, o que pretende o MPF com relação ao *habeas corpus* nas *Dez Medidas contra a Corrupção* apresentadas ao Legislativo.

## II. PRISÕES PREVENTIVAS A GRANEL

Num *habeas corpus* impetrado perante o TRF o Parecer da Procuradoria Regional do TRF da 4ª Região, sem o menor pudor, disse que a prisão preventiva:

"Tem importante *função de convencer os infratores a colaborar com o desvendamento dos ilícitos penais*, o que poderá acontecer neste caso, a exemplo de outros tantos."[10]

As decisões que impuseram as preventivas, independentemente da qualidade ou procedência dos seus fundamentos, tinham a sintomática característica de não subsistirem assim que o preso fizesse delação premiada. Os fundamentos, de repente, viravam pó. Isso, sem muitas digressões, mostra o verdadeiro sentido instrumental delas.

8. STF; 2.ª T.; j. 11.03.2008; *DJe* 15.05.2008.
9. Idem.
10. *HC 5029016-71.2014.404.0000*, rel. Des. Pedro Gebran.

Seja como for, o "discurso cobertura" das preventivas era fundado na gravidade dos delitos e na necessidade de se interromper o "*ciclo delitivo*"; conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal.

Para o magistrado de primeiro grau, condutor da Lava Jato, a prisão *ante tempus* se justificaria porque, *verbis*:

> Com o poder econômico de que dispõem, o risco de prejudicarem as investigações e a instrução ou de obstruírem o processo através da produção de provas falsas ou da cooptação de testemunhas e mesmo de agentes públicos envolvidos de alguma forma no processo é real e imediato.
>
> Encontra-se presente, igualmente, certo risco à aplicação da lei penal.
>
> Várias das empreiteiras, senão todas, têm filiais no exterior, com recursos econômicos também mantidos no exterior, o que oportuniza aos investigados fácil refúgio alhures, onde podem furtar-se à jurisdição brasileira.

Ocorre que o STF tem antigo entendimento no sentido de que a presunção de fuga pelo poderio econômico do paciente não se sustenta. Do contrário, ela seria obrigatória para réus ricos, *verbis*:

> (...) a prisão cautelar para garantia da aplicação da lei penal *fundada na situação econômica do paciente e em contatos seus no exterior não encontra ressonância na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal* (HCs 72.358, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 09.06.95 e 86.758, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 01.09.06), pena de estabelecer-se distinção entre ricos e pobres, para o bem e para o mal. g.n. (HC 95.009, Min. Eros Grau, *DJ* 06.11.08).

E também do STJ:

> *A mera alusão à boa condição financeira do agente não implica presunção de descumprimento de possível sanção penal*, não sendo suficiente para a manutenção da custódia cautelar fundada na hipótese de se assegurar a aplicação da lei penal. (HC 110.917, Min. Arnaldo Esteves Lima, 5.ª T., *DJe* 19.12.08).

No mais, com os argumentos esgrimidos pelo Min. Teori Zavascki, no HC 125.555, impetrado em favor de Renato Duque, rechaçaram-se a validade deste argumento presuntivo:

> No ponto, a custódia cautelar do paciente está calcada em presunção de fuga, o que é rechaçado categoricamente pela jurisprudência

> desta Corte (HC 122.572, Relator: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, *DJe* de 04.08.2014; HC 114661, Relator: Min. Marco Aurélio, 1.ª T., *DJe* 01.08.2014; HC 103.536, Relator Min. Dias Toffoli, 1.ª T., *DJe* 22.03.2011; HC 92.842, Relator: Min. Gilmar Mendes, 2.ª T., *DJe* 25.04.2008 (...).

E, com propriedade, o Min. Teori Zavascki ressaltou:

"O próprio magistrado de primeiro grau aplicou medidas cautelares diversas da prisão para outros investigados tão ou mais capazes de fazer uso, em tese, de sua condição econômica para evadir-se (...)."

A garantia da instrução criminal, vinha, igualmente, calcada na presunção do "risco de prejudicarem as investigações e a instrução ou de obstruírem o processo através da produção de provas falsas ou da cooptação de testemunhas e mesmo de agentes públicos envolvidos de alguma forma no processo é real e imediato".

Ora, é inaceitável que as conjecturas do magistrado, por mais douto que ele o seja, possam fundar tão drástico gravame. Mas, sem nenhum abalo tanto o TRF quanto o STJ placitaram as prisões. A jurisprudência é clara sobre a inviabilidade de presunções disso ou daquilo alicerçarem a preventiva:

> A prisão cautelar não pode apoiar-se em juízos meramente conjecturais. – A mera suposição, fundada em simples conjecturas, não pode autorizar a decretação da prisão cautelar de qualquer pessoa (*HC 93.352/RJ*, rel. min. Celso de Mello, *DJe* 06.11.09; no mesmo sentido: HC 95.866, rel. min. Celso de Mello, *DJe* 04.12.09; HC 92.914, rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* 15.05.09 e HC 100.828, rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 04.06.10).

Mas o *carro chefe* das preventivas na Lava Jato era, obviamente, a garantia da ordem pública. O crime, dizia-se, tinha proporções amazônicas (e tinha mesmo) e se dizia que o ciclo delitivo persistia, pois os contratos criminosos (assim qualificados *ab initio*) perduravam. De outro lado, as instituições não poderiam ficar desmoralizadas com o escândalo – alimentado exatamente por aqueles que impuseram as preventivas – e os acusados soltos.

Não adiantava dizer que a Petrobras havia comunicado que não contrataria mais com as empresas envolvidas e que o remanescente dos contratos deveria ser cumprido seguindo regras claras e que, de qualquer modo, todo o esquema já estava desbaratado e, portanto, impossível dar sequência à cadeia criminosa. Também era inócuo o afastamento dos presos das funções nas empresas.

Por outro lado, é evidente o equívoco da pretendida preservação da credibilidade das instituições públicas por conta da imposição da prisão preventiva,

ademais, com nítido sentido punitivo, de satisfação à opinião pública. É o próprio Supremo Tribunal Federal que repele esta possibilidade:

> É de evidência palmar – reforçado pela explicitação constitucional de presunção de inocência ou de não culpabilidade – que *a prisão preventiva não pode constituir-se em antecipação da pena, ainda quando provável a imposição desta* (HC 71.954, 1.ª T., Pertence, 15.12.1994, Lex 201/345; HC 67.850, 1.ª T., Pertence, 06.03.1990, *RTJ 131/667*)
>
> E – desde a abolição da preventiva obrigatória – nem a gravidade do delito imputado é justificativa bastante para decretá-la, se não ocorre quaisquer dos pressupostos cautelares a que a subordina a lei (HC 65.950, Rezek, RTJ 128/147; HC 67.850, Pertence, cit. – *Apud*: *RT 769/516*).

Daí a advertência do STF pela voz do seu atual decano, Min. Celso de Mello:

> (...) *PRISÃO PREVENTIVA – NÚCLEOS DA TIPOLOGIA – IMPROPRIEDADE*. Os elementos próprios à tipologia *bem como* as circunstâncias da prática delituosa *não são suficientes* a respaldar a prisão preventiva, *sob pena* de, em última análise, *antecipar-se* o cumprimento de pena ainda não imposta (...).
>
> (HC 83.943/MG, Rel. Min. Marco Aurélio – grifei); *apud*: *HC 100.430*; *DJ* 27.08.2012).

E tal entendimento, como explica o Min. Celso de Mello, deita raízes no fato de que:

> o instituto da prisão cautelar – *considerada a função exclusivamente processual* que lhe é inerente – *não pode ser utilizado* com o objetivo de promover *a antecipação satisfativa* da pretensão punitiva do Estado, *pois*, se assim fosse lícito entender, *subverter-se-ia a finalidade* da prisão preventiva, *daí resultando grave* comprometimento ao princípio da liberdade (*RTJ 202/256-258*, Rel. Min. Celso de Mello); *apud*: *HC 100.430*; *DJ* 27.08.2012.

No *HC 91.386* (Operação Navalha) o Min. Gilmar Mendes, com apoio em expressivos julgados da col. Suprema Corte, averbou:

> CAUTELAR FUNDADA NO CLAMOR SOCIAL E NA CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES. EXCESSO DE PRAZO.
>
> 1. O clamor social e a credibilidade das instituições, por si sós, não autorizam a conclusão de que a garantia da ordem pública está ameaçada, a ponto de legitimar a manutenção da prisão cautelar do paciente enquanto aguarda novo julgamento pelo tribunal do Júri. 2.

> A prisão processual, pela excepcionalidade que a caracteriza, pressupõe inequívoca demonstração da base empírica que justifique a sua necessidade, não bastando apenas aludir-se a quaisquer das previsões do art. 312 do Código de Processo Penal. (HC n. 84.662/BA, rel. Min. Eros Grau, 1.ª T., un., *DJ* 22.10.2004).

No mesmo sentido o *HC 86.175/SP*, também da relatoria do Min. Eros Grau.

Bem examinados, tanto a r. decisão que impôs a preventiva aos diretores e donos de empreiteiras, como os acórdãos do TRF e do STJ que a confirmaram, apoiam-se no *mérito* da investigação. Mas os núcleos da tipologia criminosa não servem para a decretação da preventiva, a menos, é claro, que se esteja querendo mostrar algo para o grande público – que não distingue a prisão preventiva da prisão punitiva. Como sabemos:

> *A prisão preventiva* – que *não deve* ser confundida com a prisão penal – *não objetiva* infligir punição àquele que sofre a sua decretação, *mas destina-se*, considerada a *função cautelar* que lhe é inerente, a atuar *em benefício* da atividade estatal desenvolvida *no processo penal*.
>
> (*RTJ 180/262-264*, Rel. Min. Celso de Mello).
>
> Daí a clara advertência do Supremo Tribunal Federal, *que tem sido reiterada* em diversos julgados, *no sentido* de que se revela absolutamente *inconstitucional* a utilização, com fins punitivos, da prisão cautelar, *pois esta não se destina a punir* o indiciado *ou* o réu, *sob pena* de manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, *com a consequente* (*e inadmissível*) prevalência da ideia – tão cara aos regimes autocráticos – de supressão da liberdade individual *em um contexto de julgamento sem defesa e de condenação sem processo* (*HC 93.883/SP*, Rel. Min. Celso de Mello, *v.g.*); *apud*: *HC 100.430*; *DJ* 27.08.2012).

Em resumo, essas e outras razões vieram condensadas no acórdão do *HC 127.186*, da relatoria do Min. Teori Zavascki que concedeu a liberdade para um dos empresários e, por extensão, para outros tantos. Eis a ementa da decisão:

> 1. A prisão preventiva supõe prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria; todavia, por mais grave que seja o ilícito apurado e por mais robusta que seja a prova de autoria, esses pressupostos, por si sós, são insuficientes para justificar o encarceramento preventivo. A eles deverá vir agregado, necessariamente, pelo menos mais um dos seguintes fundamentos, indicativos da razão determinante da medida cautelar: (a) a garantia da ordem

pública, (b) a garantia da ordem econômica, (c) a conveniência da instrução criminal ou (d) a segurança da aplicação da lei penal.

2. Ademais, essa medida cautelar somente se legitima em situações em que ela for o único meio eficiente para preservar os valores jurídicos que a lei penal visa proteger, segundo o art. 312 do Código de Processo Penal. Ou seja, é indispensável ficar demonstrado que nenhuma das medidas alternativas indicadas no art. 319 da lei processual penal tem aptidão para, no caso concreto, atender eficazmente aos mesmos fins, nos termos do art. 282, § 6.°, do Código de Processo Penal.

Enfim, se o STF tivesse enfrentado essa matéria com mais brevidade, ultrapassando a Súmula 691, e, portanto, antes de os presos passarem meses a fio na cadeia, talvez tivéssemos tido menos delações.

Como quer que seja, o ponto é que a Lava Jato, como o processo do Mensalão, não ficaria tolhida por falta de delações. Apenas levaria mais tempo para se chegar ao desvendamento dos diferentes episódios que alcançou. Teria, no entanto, respeitado o devido processo legal ao permitir, como na AP-470, que os acusados ficassem em liberdade. Daria mais trabalho, claro. Mas seria um resultado obtido sem a coação da prisão processual, máscara para se forçarem as delações.

Diga-se o que se disser, mas o desvirtuamento desmensurado, descarado e despudorado do instituto da prisão preventiva violenta a garantia da presunção de inocência e, também, a regra matriz da nossa República, a dignidade da pessoa humana.

Se for para, daqui para frente, seguir-se o modelo da prisão preventiva para falar e delatar, o processo penal, a rigor, se converterá num instrumento de força, deixará de ser uma conquista civilizatória e passará, pesa dizê-lo, a desempenhar o mesmo papel de legitimador do Estado de Polícia.

## III. PROCESSOS FATIADOS, INFORMAÇÕES INCOMPLETAS E POUCO TEMPO PARA AS DEFESAS

Se as prisões preventivas dificultaram as defesas, as diferentes denúncias oferecidas como decorrência da Operação Lava Jato, diferentemente do que ocorreu no caso do Mensalão (*AP-470*), continham uma massa enorme de referências que não se encontravam nos autos. Estavam dispersas em vários outros feitos. Em uma das defesas preliminares que oferecemos no caso de um dos acusados, a primeira coisa destacada foi o cerceamento de defesa, por falta

de acesso a documentos imprescindíveis para responder à acusação (CPP, art. 396-A). Documentos que estavam referidos na denúncia e não estavam nos autos. Havia referência a delações às quais, a pretexto de não estarem homologadas, não tínhamos acesso. Como é que o advogado pode fazer a defesa do cliente, já tendo sido intimado para isso, sem acesso a documentos referidos pela denúncia, delações sobretudo? Além do mais, as narrativas, embora interligadas, estavam repartidas em diferentes denúncias. Essa fragmentação artificial também cerceou as defesas. Mas nossos reclamos não foram ouvidos. Nem os nossos e nem o de outros advogados. Só havia ouvidos para a importância da acusação e a beleza da eficiente atuação do juiz Moro.

Para concretizar, o Ministério Público Federal dizia, no início de 2015, que o acusado X atuava em organização criminosa, associando-se com administradores das empreiteiras da Odebrecht e OAS, de forma ordenada e permanente com divisão de tarefas, com o objetivo de praticar os crimes de cartel e fraude ao caráter competitivo da licitação. Acontece que ninguém da Odebrecht estava denunciado no começo de 2015. Essas outras pessoas referidas não haviam sido denunciadas por falta de prova? Então eu tenho que entender que o concurso de agentes é uma referência inócua, sem valor, anódina? Ou que, embora existam elementos a sustentar o concurso de agentes, por razões particularíssimas, o Ministério Público não denunciou as outras pessoas. Então o advogado precisaria saber quais são essas razões particularíssimas. Questionamos isso em *habeas corpus* e a resposta que tivemos foi, em resumo:

> A impetração de *habeas corpus* destina-se a corrigir eventual ilegalidade praticada no curso do processo, sobretudo quando houver risco ao direito de ir e vir do investigado ou réu. *Significa dizer que o seu manejo, a fim de discutir questões processuais, deve ser resguardado para situações excepcionais, quando houver flagrante ilegalidade e que afete sobremaneira a ampla defesa.*[11]

No STJ, tribunal apelidado de Corte da cidadania e que tantas e tão importantes decisões proferiu garantindo o devido processo legal, na Lava Jato foi diferente, disse o seguinte:

> A liberdade de locomoção é o objeto central da via do *habeas corpus* e, *a fortiori*, inadequada para a análise de questões alheias à privação da liberdade de locomoção (STF, RHC 116.344/MG. Rel. Ministro

11. TRF-4, *HC 5002376-94.2015.404.0000/PR*, rel. Des. Fed. Pedro Gebran Neto, j. 11.03.2015.

> Luiz Fux, 1.ª T., j. 22.04.2014; HC n. 115.939/SP, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, 2.ª T., j. 11.06.2013).

Cumpre ao impetrante

> indicar a causa concreta de um temor real. Não é suficiente, para esse fim, indicá-la de forma vaga, desacompanhado de elementos idôneos que a vincule à autoridade impetrada (HC 123.995 AgR/DF, Rel. Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 19.11.2014).[12]

Assim, em português bem claro, os tribunais não deram a mínima. Esquivaram-se em aspectos formais para negar ou não conhecer os diferentes *habeas corpus*. A denúncia no processo da AP-470, embora longa e cansativa, foi mais honesta sob esse aspecto. Todos os fatos foram condensados numa única peça de modo a se cumprir a regra do art. 41 do CPP, segundo a qual *a denúncia descreverá o fato em todas as suas circunstâncias*.

Outra situação que ilustra o fatiamento da denúncia como estratégia deliberada para dificultar a defesa deu-se na seguinte imputação de corrupção: uma das denúncias sustentava que a dita organização criminosa era constituída, entre outras, pelas empresas Odebrecht e Andrade Gutierrez. Ocorre que não se via na época, no começo de 2015, nenhum controlador ou mesmo executivo dessas empresas no polo passivo dessa ação penal. Temos aí o mesmo problema. E depois, ao tratar da imputação de organização criminosa, diz: "O colaborador Júlio Camargo afirmou que houve pagamento de propina no consórcio TUC, do qual participava a UTC na obra da Comperj, tendo o colaborador intermediado o pagamento da propina para a diretoria de serviço", leia-se, para o Sr. Renato Duque. Só que Renato Duque não estava denunciado, então o acusado X praticou corrupção, corrompeu o Renato Duque, mas o próprio não estava denunciado. E mais, fez isso por meio de um funcionário da Odebrecht e que também não estava denunciado. A operação envolvendo a Odebrecht eclodiu muito tempo depois. Mas até lá, havia referências a essas pessoas na denúncia, mas elas não estavam denunciadas.

Estávamos diante de um processo penal que chamam de eficientista, mas, na verdade, acaba com pressupostos mínimos que garantem a um acusado o exercício da defesa de forma adequada (nem se pense na ampla). A fragmentação do todo permitiu ao Ministério Público criar uma dificuldade inconciliável com a garantia da ampla defesa.

12. *RHC 50.278*, 5.ª T., rel. Des. Fed. convocado Newton Trisotto, *DJe* 03.03.2015.

Curioso é que até mesmo a concessão de *prazo em dobro* que o STF consolidou na AP-470 não foi conferido às defesas. Vejam o que disse o acórdão do *RHC 50.758*, citado acima:

> O Código de Processo Penal dispõe que, 'nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias' (art. 396). *O prazo é peremptório* (CPP, art. 798). *Não há disposição legal que permita ao juiz alongá-lo a requerimento do réu* – que afirma ser imprescindível para que possa examinar todas as provas que alicerçam a denúncia.

A defesa tem apenas dez dias para apresentar sua resposta. Os processos oriundos da Lava Jato eram complexos, longos e repletos de referências a outros feitos. Houve casos em que o *download* de arquivos levou oito dias, de tão pesados que eram. Então como é possível fazer a defesa em dez dias? O tempero da razoabilidade indica que o que fez o Supremo no Mensalão, dando mais tempo para o Procurador-Geral da República fazer a sustentação oral, deveria ser feito em relação ao prazo da defesa para apresentar sua peça. Mas, para a defesa o prazo é peremptório. Não custa lembrar que o Ministério Público acompanhou toda a investigação em tempo real, desde o início, em 2004, mas o advogado não.

De fato, desde o julgamento da *AP-470* ("Mensalão"), o STF vem reiteradamente decidindo que *na hipótese de litisconsórcio passivo multitudinário aplica-se ao processo penal a regra do art. 191 do CPC.*[13] Dessa forma, nesses casos, há de ser assegurado aos réus *prazo em dobro para responder à acusação*. São nessa linha as recentíssimas decisões da eg. Suprema Corte, exaradas nos *inquéritos 4112 e 3938*:

> *STF admite prazo em dobro para defesa responder a denúncia*
>
> As defesas do presidente da Câmara dos Deputados, deputado federal Eduardo Cunha, e da ex-deputada federal e atual prefeita de Rio Bonito (RJ), Solange Almeida, *vão contar com prazo em dobro para responder à denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal no Inquérito (INQ) 3983*. A decisão foi tomada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) na sessão desta quinta-feira (3), por maioria

13. Atual 229 no novo CPC, embora, atualmente, por razões óbvias, a regra só se aplique a processos físicos. Na época não havia essa distinção entre processos físicos e eletrônicos.

de votos, na análise de uma Questão de Ordem trazida pelo relator, diante do pedido de dobra do prazo feito pelo presidente da Câmara.

Com a decisão, o Plenário fixou o entendimento de que quando se tratar de processo com mais de um investigado, com diferentes advogados, o prazo de 15 dias, previsto no artigo 4º, parágrafo 2º, da Lei 8.038/1990, será contado em dobro, pela aplicação analógica do artigo 191 do Código de Processo Civil (CPC) (*in* http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299044).

2.ª Turma autoriza prazo em dobro para Fernando Collor responder a denúncia

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) garantiu ao senador Fernando Collor prazo em dobro para que sua defesa possa se manifestar sobre a denúncia oferecida pelo procurador-geral da República, Rodrigo Janot, no Inquérito (INQ) 4112. (*in* http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298875).

Conforme as precisas ponderações do em. Min. Luiz Fux,

> se, no âmbito cível, onde se discutem direitos patrimoniais de caráter disponível, no litisconsórcio, se concede o prazo em dobro, nos autos, *dever-se-ia seguir a mesma regra no campo do Processo Penal*, principalmente, Senhor Presidente, que, sob o ângulo da razoabilidade, da duração razoável dos processos, esse prazo não vai influir em absolutamente nada (voto proferido na AP 470 AgR-vigésimo segundo).

Referido entendimento tem sido maciçamente adotado pelos demais Tribunais. É o caso, por exemplo, do próprio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no qual o Des. Fed. Luiz Carlos Canalli garantiu aos acusados o direito de apresentarem resposta à acusação em prazo em dobro:

> PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. RÉUS REPRESENTADOS NA AÇÃO PENAL DE ORIGEM POR PROCURADORES DISTINTOS. CONTAGEM DE PRAZO. APLICAÇÃO À HIPÓTESE, POR ANALOGIA, DO ARTIGO 191 DO CPC, NOS TERMOS DO ARTIGO 3º DO CPP. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
>
> 1. É de dez dias o prazo do acusado para responder à acusação, nos termos do artigo 396 do Código de Processo Penal.
>
> 2. Não obstante, *contar-se-á em dobro o prazo quando houver litisconsórcio passivo e os réus estiverem representados por procuradores di-*

> *ferentes, aplicando-se a essa hipótese, por analogia, o art. 191 do Código de Processo Civil*, nos termos do art. 3.º do Código de Processo Penal. Precedente do Supremo Tribunal Federal.
>
> 3. Ordem de *habeas corpus* concedida. (TRF4, HC 024095-06.2013.404.0000/RS, 7.ª T., j. 26.11.2013).

No mesmo sentido entendeu o Presidente da Seção Criminal do eg. Tribunal de Justiça de São Paulo:

> (...) de fato, o STF entendeu cabível a aplicação do art. 191 do CPC, no processo penal... *in casu*, cuidando-se de processo que envolve diversos réus e patronos distintos, defiro o pedido, excepcionalmente, para conceder prazo em dobro... para todos os réus apresentarem contrarrazões ao recurso especial (TJSP, Des. Pinheiro Franco, ACR 0021731-29.2005.8.26.0050, j. 28.08.2015).

Assim, ao revés do entendimento adotado no caso da Lava Jato, o STF e outros tantos Tribunais vêm garantindo o prazo em dobro para apresentação de resposta à acusação nos casos em que há pluralidade de réus e defensores, nos termos do art. 191 do CPC cc. art. 3.º do CPP. Sim, mas só não valeu na Lava Jato...

## IV. As dez propostas contra a corrupção do MPF

O texto da proposta ministerial que conta com forte apoio popular repete, no ponto e na essência, o Anteprojeto do CPP de 2009. Ocorre que este foi modificado e o Projeto abandonou as fórmulas restritivas então previstas e regulou o remédio heroico tal qual se encontra no CPP em vigor. Agora, porém, aproveitando o embalo da grita popular contra a corrupção e a impunidade em geral, enfiaram no bojo das propostas contra a corrupção restrições ao *habeas corpus*.

Em geral, nos pronunciamentos públicos, o MPF tem realçado a importância de se tornar o crime de corrupção, em certas hipóteses, hediondo e elevar suas penas. Querem mais, que se permita a pronta execução da pena, coisa que agora, contra o réu, no *habeas corpus* o Pleno do STF permitiu (cf. *HC n. 126.292*, rel. Min. Teori Zavascki). Esconde, no entanto, que pretendem restringir o *habeas corpus*. Sim, de um lado pretendem o incremento punitivo e respostas penais mais rápidas, mas, de outro, querem enfraquecer a defesa do cidadão.

Podem aumentar as penas dos crimes, chamá-los de hediondos e o diabo, só não podem mexer com o *habeas corpus*. Explica-se.

O incremento das medidas de defesa social, leia-se, medidas punitivas, inclusive com o endurecimento processual, não pode prescindir da garantia dos meios mínimos do direito de defesa. Não é só a questão da igualdade de armas (*par conditio*) que está em jogo. Trata-se de resguardar o cidadão do arbítrio do déspota de plantão no Judiciário, dotando-o de uma garantia básica: o direito de impugnar ilegalidades com agilidade, sem delongas.

Mesmo para quem pensa apenas em termos de segurança, é evidente que há uma dupla dimensão desta. De um lado, como proteção contra agressão de terceiros, o que, grosso modo, chamaríamos de proteção contra a criminalidade. Mas, de outro, esse o alerta de Frederico Stella,[14] contra a agressão dos agentes estatais. É dizer, se de um lado carecemos de leis e esforços para a defesa contra a criminalidade, de outro, necessitamos igualmente de instrumentos que nos resguardem de abusos e ilegalidades praticadas por agentes do próprio Estado, sobretudo os incumbidos da repressão. O *habeas corpus*, entre nós, tem sido historicamente o grande instrumento que resguarda o cidadão de abusos praticados por agentes do sistema penal, de policiais a juízes, passando por membros do Ministério Público e até agentes do sistema penitenciário. Em outras palavras, o *habeas corpus* é, entre nós, o remédio que resguarda aquilo que Gilmar Mendes, na linha da doutrina alemã, chama de direitos fundamentais de caráter judicial (*Justizgrundrechte*).[15]

Vejamos o que propõe o MPF com relação ao *habeas*:

> *Art. 2.º* Os arts. 620, 647, 652 e 664 do Código de Processo Penal passam a vigorar com as seguintes redações:
>
> Art. 620. (...)
>
> Art. 647. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal que prejudique diretamente sua liberdade atual de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

*Comentário*: Esta é a mesmíssima redação da Carta de 37, no seu art. 122, 16, e a mesma que vigora hoje no referido art. 647. Reforça-se a disciplina de regência da Carta autoritária de 37. Ocorre que, desde a Constituição de 46, o art. 141, § 23, estabelecia:

14. *Giustizia e modernitá: La protezione dell'inocente e la tutela delle vitime*. Milão: Giuffrè, 2002, p. 7.
15. MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 587.

"Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder."

Daí em diante, com a extirpação da cláusula da *iminência*, passou-se a entender que é admissível a tutela antecipada mesmo em situações em que a prisão constitua evento apenas possível a longo prazo.[16] A Constituição de 1988 repete a disposição da CF de 46 no art. 5.º, LXVIII. Na síntese de memorável acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o *habeas corpus* é:

> ação mandamental a tutelar, não apenas diretamente a liberdade física dos indivíduos, mas as demais hipóteses de coação ilegal que, de algum modo, estejam relacionadas com o *status libertatis*, incluindo o processo, do qual não se espera tão só uma decisão justa, mas um tramitar escorreito e a salvo de nulidades (*due process of law*).[17]

Mais recentemente o Superior Tribunal de Justiça reafirmou essa ideia ao julgar o *HC 160.696*:

> Há muito a jurisprudência dos Tribunais Superiores admite a utilização da ação mandamental de *habeas corpus* para afastar constrangimento ilegal de ordem processual suportado pelo réu no curso da ação penal, desde que presente a possibilidade de lesão à liberdade de locomoção do indivíduo.[18]

Não se trata, como deixou assentada a 1.ª T. do STF no *HC 82.354*, relatado pelo Min. Pertence,

> de fazer reviver a doutrina brasileira do *habeas corpus*, mas sim de dar efetividade máxima ao remédio constitucional contra a ameaça ou a coação da liberdade de ir e vir, que não se alcançaria, se limitada a sua admissibilidade às hipóteses da prisão consumada ou iminente.[19]

---

16. GRINOVER, Ada Pellegrini; MAGALHÃES, Antonio; SCARANCE, Antonio. *Recursos no processo penal*. 6. ed., 2. tir. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 272.
17. TJSP, 3.ª Câm. Criminal, *HC 348.952*, rel. Des. Gonçalves Nogueira, j. 12.06.2001.
18. 5.ª T., rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 29.08.2011. Na mesma linha, cf. RHC 12.717, rel. Min. Vicente Leal, *DJ* 28.10.2002; *RHC 11.338*, rel. Min. Felix Fischer, *DJ* 08.10.2001; *HC 18.060*, rel. Min. Jorge Scartezzini, *DJ* 26.8.2002; *HC 55.986*, rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 01.08.2006 e, entre muitos outros, *HC 31.205*, Rel. p/ Ac. Min. Paulo Medina, *DJ* 26.11.2004.)
19. STF, 1.ª T., un., *DJ* 24.09.2004.

Daí ter recordado o decidido pela mesma Turma no *HC 79191*,[20] em cujo *writ* se discutia ilegalidade da quebra do sigilo bancário do paciente. A ementa consignou que

> se se trata de processo penal ou mesmo de inquérito policial, a jurisprudência do STF admite o *habeas corpus*, dado que de um ou outro possa advir condenação a pena privativa de liberdade, ainda que não iminente, cuja aplicação poderia vir a ser viciada pela ilegalidade contra o qual se volta a impetração da ordem.

O ponto é que os *penduricalhos* que a proposta legislativa do MPF pretende ver transformados em lei, não apenas faz nosso habeas *retroagir* ao que foi no Estado Novo, mas o restringe ainda mais; isto é, emascula-o.

Na sequência:

> § 1.º A ordem de *habeas corpus não* será concedida:
>
> I – de ofício, salvo quando for impetrado para evitar prisão manifestamente ilegal e implicar a soltura imediata do paciente;
>
> *Comentário*: com isso retira-se do juiz a possibilidade de extirpar ilegalidade que não tenha sido veiculada pelo impetrante, que, inclusive, pode ser um leigo. Na verdade, interfere-se de forma canhestra na amplitude de sua jurisdição penal. Cria-se, por outro lado, sem o menor amparo na Constituição, uma distinção de tratamento entre réus presos e soltos, como se apenas aqueles tivessem direito à tutela do devido processo legal.
>
> II – em caráter liminar, salvo quando for impetrado para evitar prisão manifestamente ilegal e implicar a soltura imediata do paciente e ainda houver sido trasladado o inteiro teor dos autos ou este houver subido por empréstimo;
>
> *Comentário*: A se aprovar tal proposta, os processos nulos ou com medidas ilegais a serem praticadas não poderão ser obstados prontamente. Interfere-se indevidamente no poder geral de cautela do magistrado e no âmbito de ação do *habeas*, particularmente na sua dimensão preventiva e no que diz com a supressão de ilegalidades, como o indeferimento de provas, adoção de procedimentos ilegais etc. Réus soltos poderão ser vítimas de ilegalidades sem que possam reclamar aos Tribunais Superiores. É, repita-se, um despropósito e incorre na mesma odiosa distinção entre réus presos e soltos.

20. RTJ 171/258.

III – com supressão de instância;

*Comentário*: reafirma-se o verbete da Súmula 691 do STF que, no entanto, tem sido frequentemente superada quando se trata de ilegalidade flagrante ou afronta à jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. O Pleno do STF já afirmou essa possibilidade no julgamento do HC 85.185, rel. Min. Cesar Peluso (*DJ* 1.º.09.2006). O Min. Gilmar Mendes vem destacando em inúmeras decisões monocráticas proferidas em *habeas corpus* manejados contra o indeferimento de liminar que "é bem verdade que o rigor na aplicação da Súmula 691/STF tem sido abrandado por julgados desta Corte em hipóteses excepcionais em que: a) seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar para evitar flagrante constrangimento ilegal; ou b) a negativa de decisão concessiva de medida liminar pelo tribunal superior importe na caracterização ou na manutenção de situação que seja manifestamente contrária à jurisprudência do STF (cf. as decisões colegiadas: HC 84.014/MG, 1.ª T., unânime, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 25.06.2004; HC 85.185/SP, Pleno, por maioria, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* de 1.º.09.2006; e HC 88.229/SE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª T., maioria, j. 10.10.2006; e as seguintes decisões monocráticas: HC 85.826/SP (MC), de minha relatoria, *DJ* de 03.05.2005; e HC 86.213/ES (MC), Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 1.º.08.2005 (Min. Gilmar Mendes, *HC 89.794*, *DJ* 29.11.2006).

IV – sem prévia requisição de informações ao promotor natural da instância de origem da ação penal, salvo quando for impetrado para evitar prisão manifestamente ilegal e implicar a soltura imediata do paciente;

*Comentário*: a necessidade de intimação do promotor natural é uma novidade. Desde sempre só se requisitam informações do juiz que é apontado como autoridade coatora, mas nunca do promotor, salvo quando ele próprio for a autoridade coatora e, portanto, parte na relação processual. Em princípio, não há maior problema na proposta, a não ser o de atrasar ainda mais o trâmite do *habeas*.

V – para discutir nulidade, trancar investigação ou processo criminal em curso, salvo se o paciente estiver preso ou na iminência de o ser e o reconhecimento da nulidade ou da ilegalidade da decisão que deu causa à instauração de investigação ou de processo criminal tenha efeito direto e imediato no direito de ir e vir.

*Comentário*: novamente não se consegue compreender porque cargas d'água o réu solto fica desprovido de meios para questionar a ilegalidade de atos praticados durante a ação penal. O arbítrio prevalece sobre o devido processo legal em caso de réu solto. Essa disposição parece atender a uma grita dos juízes autoritários, que eram campeões em 'tomar' *habeas* na cabeça. O MPF toma as dores deles. Mas é inconstitucional perpetuar ilegalidade, qualquer que seja ela, esteja o réu preso ou não, se a Constituição afirma que se concederá *habeas corpus sempre* que a pessoa sofrer constrangimento ilegal.

§ 2.º O *habeas corpus* não poderá ser utilizado como sucedâneo de recurso, previsto ou não na lei processual penal. (NR)

*Comentário*: Que não se queira admitir o manejo do HC como sucedâneo recursal, embora seja uma bobagem, superada há muito tempo pelo STF pela obviedade de que não se pode deixar para amanhã o que é possível fazer hoje, até que se compreende. Agora, se não há recurso cabível, previsto na lei processual penal, como dizer que o HC é "sucedâneo de recurso"? Perderam a noção de realidade ou da própria lógica?

A proposta, como quer que seja, é escancaradamente inconstitucional. Como advertiu o Des. Dante Busana (TJSP) Garantia constitucional e ação de direito processual constitucional, o *Habeas corpus* não conhece outros limites que os estabelecidos na Carta Magna. Inaceitável sustentar, como faz a ilustrada Procuradoria de Justiça, seu não cabimento em hipótese em que haveria constrangimento ilegal à liberdade física porque prescrita a pretensão punitiva, a pretexto de que quem a sofre apelou da sentença condenatória e no julgamento do recurso a eventual extinção da punibilidade poderá ser melhor apreciada.[21]

De resto, com o Min. Pertence, não custa lembrar que é princípio sedimentado na jurisprudência brasileira de que a recorribilidade da decisão ou a efetiva pendência de recurso contra eles não inibe a admissibilidade paralela do *habeas corpus*.[22] Idem: "*É cabível habeas-corpus mesmo quando pendente julgamento de recurso de apelação que veicule a mesma questão*" (*HC 77858/AM*, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 12.02.1999); "Evidenciado o constrangimento

21. *JTACRIM, ed. Lex, 74/140-142.*

22. *RHC 82.045*, *DJ* 25.10.02; *HC 82.968/SP*, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 20.06.2003 e STJ *HC 77703/SP*, rel. Min. Laurita Vaz, *DJ* 29.06.2007.

ilegal, cabe o *writ*, ainda que pendente apelação da sentença condenatória". (RTJ 125/157, Carlos Madeira). "*Habeas corpus*. Apelação pendente. Cabimento do *writ*. Não se há de remeter ao juízo de apelação, ainda que idêntica a matéria do *Habeas corpus* evidenciadora do constrangimento ilegal. Recurso de *Habeas corpus* provido" (RTJ 109/144, Rel. Min. Rafael Mayer).

> Recurso de *Habeas corpus*. (...) Por si só não o impede a pendência da apelação, se presente o constrangimento ilegal e o exame da matéria se comporta no âmbito de *writ*. Recurso de *Habeas corpus* provido. (RTJ 108/590, Rel. Min. Oscar Corrêa); *A existência de recurso próprio ou de ação adequada à análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do* Habeas corpus, *tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu* (*RHC 20624/MG*, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 19.03.2007); II – O fato de haver recurso de apelação ainda pendente de julgamento perante o e. Tribunal *a quo*, não impede que esse aprecie a presente ordem (Precedentes) *(HC 29450/PR, Rel. Min. Felix Fischer, v.u., DJ 18.04.2005)*. Também a 6.ª T. do STJ, em decisão da lavra do eminente Ministro Hamilton Carvalhido, já reconheceu que, salvo nos casos em que as peculiaridades da espécie recomendam a consideração do conjunto da prova, impróprio à via heroica, *nenhum óbice há em que se conheça de pedido de* Habeas corpus *impetrado à Corte de Justiça Estadual simultaneamente com a interposição de recurso de apelação* (*RHC 12244/MA*, v.u., *DJ* 21.06.2004).

Por outro lado, suscintamente, veja porque questionar ilegalidades pela via do *habeas* é importante:

1. Foi por meio do HC que o Pleno do STF anulou o julgamento feito pelo Júri de um pobre coitado que ficou algemado o tempo todo. Isso jogava contra o réu (*HC n. 91.952*, rel. Min. Marco Aurélio). Se o réu fosse buscar seu direito pelas vias ordinárias, ainda estaria preso...

2. Foi por meio do HC, aliás, escrito por um preso, que o STF, por apertada maioria, julgou que a imposição do regime integral fechado era inconstitucional (HC 82.959). Pela via do Recurso Extraordinário isso levaria uma eternidade. A propósito, mesmo por meio do HC levou muito tempo.

Há muitas coisas mais. Para encurtar, conto dois 'causos' meus:

1. Pais pobres, adeptos da religião Testemunhas de Jeová, tinham uma filha doente (anemia falciforme). Tratavam-na com esmero e muito carinho. Com o agravamento da doença, levaram a filha a um hospital. No plantão disseram que seria necessária a transfusão. Os pais, dizia a denúncia, em razão dos dog-

mas religiosos, negaram a autorização e a menina veio a óbito. Os médicos, está na lei, não careciam da autorização dos pais para fazer o que bem entendessem, mas ficaram inertes. Consequência: os pais foram acusados de terem praticado homicídio doloso (o famigerado dolo eventual!) contra a filha por não terem autorizado a transfusão. Depois de um périplo de recursos, todos negados por maioria, ingressei com um HC no STJ e, por empate, concederam o *writ* para trancar a ação contra os pais (*HC 268.459*, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura). Com isso, os pais não tiveram que se submeter ao Júri e reviver toda a dor da perda que ainda sentem.

2. "Toninho Batista" estava preso e quando uma jovem advogada do meu escritório foi à cadeia falar com um assistido, também preso e pobre, conheceu-o. Pegamos a causa dele. Perdi o Júri. Apelei. Por maioria, afastaram a nulidade arguida. Embargos infringentes rejeitados por maioria. Se tivesse que ir ao STJ pela via do Recurso Especial o cara morreria na cadeia ou cumpriria toda a pena preso. Fui pela via do HC. Perdi no STJ; fui ao Supremo e o HC foi concedido para que o seu Toninho fosse submetido a novo Júri. A ordem foi concedida (*HC 85.150*) e ele, finalmente, foi absolvido. Se fosse pelas vias ordinárias, repito: o sujeito teria cumprido a pena toda preso ou morrido na cadeia.

## V. CONCLUSÃO

Em 1996, no trabalho que apresentei como dissertação de mestrado na USP,[23] sustentei o seguinte:

É curioso, por outro lado, perceber como no final do século, quando se acreditava no incremento do movimento despenalizador mediante a utilização de técnicas alternativas de controle social[24] cresce o anseio por penas mais elevadas e, de um modo geral, por uma atuação mais draconiana do sistema punitivo como um todo, com prisões provisórias decretadas amiúde, supressão da progressão no regime prisional etc. Afora isto, e por mais paradoxal que possa parecer, é exatamente sob a égide do sistema democrático que está aumentado o espectro de incidência do Direito Penal.[25]

23. TORON, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos: o mito da repressão penal*. São Paulo: Ed. RT, 1996, p. 16.

24. Por todos: Franco Bricola em: Tecniche di tutela penalc e tecniche alternative di tutela. *Funzioni e limiti del diritto penale*, vários autores, Pádova, CEDAM, 1984.

25. Já se disse outrora que: "A hipertrofia do Estado, nos regimes ditatoriais, leva os governantes a recorrerem ao Direito Penal, como instrumento para as manifestações de

O drama atual do Direito Penal – escrevi há vinte anos – é, como adverte Miguel Reale Jr., "conciliar a tutela da segurança social com o respeito à pessoa humana".[26] Ou, na síntese de Muñoz Conde:

> Respectar los derechos del individuo, incluso del individuo delincuente, garantizando, al mismo tiempo, los derechos de una sociedad que vive con miedo, a veces, real, a veces supuesto, a la criminalidad, constituye una especie de cuadratura del círculo que nadie sabe como resolver. La sociedad tiene derecho a proteger sus intereses más importantes, recurriendo a la pena si ello es necesario; el delincuente tiene derecho a ser tratado como persona y ano quedar definitivamente apartado de la sociedad, sim esperanza de poder reintegrarse a la misma.[27]

O "*TÃO*" do Direito Penal, parafraseando Fritjof Capra,[28] dentro do movimento pendular que se estabelece no curso da história, entre uma minimização do sistema punitivo e sua ampliação, pende, hoje, fortemente, para esta última vertente. Ilustra-o a recente decisão proferida pelo Pleno do STF (*HC 126.292*) de mandar prender o réu antes do trânsito em julgado, mesmo sem pressupostos cautelares. Voltamos, mesmo diante da garantia da presunção de inocência prevista na Constituição Federal (art. 5.°, LVII, e da *regra clara* do art. 283 do CPP,[29] sem nenhum acanhamento ao regime do Estado Novo de 1941, que permitia a execução provisória da pena (CPP, art. 669, I). E que ninguém se assuste se a prisão preventiva virar regra nos casos de crimes apenados com reclusão. A Lava Jato já está fazendo escola.

---

prepotência" (GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, 4. ed., 39. tir. São Paulo: Max Limonad, 1977, t. I, p. 20).

26. REALE JR., Miguel. *Regimes penitenciários e sistema progressivo*. Novos rumos do sistema criminal. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 81.

27. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y control social*. Jerez: Fundación Universitária de Jerez, 1985, p. 124.

28. Este autor escreveu uma das mais interessantes obras sobre epistemologia no campo da Física intitulada *O TÃO da Física*, que significa os caminhos da Física.

29. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, *em decorrência de sentença condenatória* transitada *em julgado* ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei 12.403/2011).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOCHENEK, Antonio Cezar. A Lava Jato não pode parar. *Folha de S. Paulo*. 02.06.2016.

CARVALHO FILHO, Luis Francisco. Condução de Lula pode ter sido passo em falso. *Folha de S. Paulo*. 12.03.2016.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, 4. ed. 39. tir. São Paulo: Max Limonad, 1977, t. I.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MAGALHÃES, Antonio; SCARANCE, Antonio. *Recursos no processo penal*. 6. ed., 2. tir. São Paulo: Ed. RT, 2009.

MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y control social*. Jerez: Fundación Universitária de Jerez, 1985.

REALE JR., Miguel. *Regimes penitenciários e sistema progressivo*. Novos rumos do sistema criminal. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

STELLA, Frederico. *Giustizia e modernitá: La protezione dell'inocente e la tutela delle vitime*. Milão: Giuffrè, 2002.

TORON, Alberto Zacharias. *Crimes Hediondos:* o mito da repressão penal. São Paulo: Ed. RT, 1996.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A natureza jurídica da prisão preventiva, de Elaine Martins de Sousa Alves e Tiago Guimarães Vilela – *RT* 941/177-198 (DTR\2014\911);
- Delação premiada e idoneidade probatória, de Tiago Cintra Essado – *RBCCrim* 101/203-227 (DTR\2013\2653);
- O direito de defesa na Constituição. A natureza jurídica da prisão preventiva. Exercício abusivo como forma de obtenção de delações premiadas. Inconstitucionalidade. Parecer, de Ives Gandra da Silva Martins e Antonio Claudio Mariz de Oliveira – *RT* 960/299-341 (DTR\2015\13207); e
- Sobre a decisão que decreta uma prisão preventiva, de André Szesz – *RBCCrim* 111/181-206 (DTR\2015\242).

85926

# Limites ao compartilhamento de provas no processo penal

## *The limits set for evidences produced in another case in criminal procedure*

**Antonio Magalhães Gomes Filho**
Professor Titular de Processo Penal da Universidade de São Paulo.
maggomes@usp.br

**Área do Direito:** Penal; Processual

**Resumo:** O artigo analisa questões relacionadas ao compartilhamento ou empréstimo de provas no processo penal, à luz das garantias constitucionais. Para tanto, procura estabelecer o correto entendimento da terminologia processual sobre a prova, distinguindo o que constitui prova e elemento informativo de investigação, para traçar os limites da utilização dos dados probatórios de um processo em outro. Analisa a posição da jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros a respeito dessa possibilidade, bem como sobre o valor probatório desses elementos.

**Palavras-chave:** Processo Penal – Garantias constitucionais – Prova – Limites à prova – Prova emprestada – Compartilhamento de provas.

**Abstract:** This paper analyzes the limits set for evidences produced in another case in criminal procedures in the light of constitutional guarantees. For this purpose, it seeks to establish the correct understanding of procedural-related terminology – in this case of evidence, making a distinction between evidence and the informative element of an investigation. Then, it establishes the limits set when using evidences that have been produced in one case in a different case. Last, it analyzes, the position of court proceeds taken from Brazilian higher courts in relation to this theme as well as the probative value of these elements.

**Keywords:** Criminal Procedure – Constitutional Guarantees – Evidence – Limits of Evidence – Limits of Evidences Produced in Another Case.

Sumário: 1. Introdução: relevância e atualidade do tema – 2. As diferentes acepções do termo *prova* na linguagem processual – 3. Segue: *elemento de prova* e *elemento informativo de investigação* – 4. O contraditório como condição de existência da prova (*rectius*, do *elemento de prova*) – 5. Provas formadas no processo e *pré-constituídas*: o contraditório *para a prova* e *sobre a prova* – 6. A *prova emprestada*, em face das garantias do contraditório e da ampla defesa – 7. A admissão da prova emprestada na jurisprudência dos nossos tribunais superiores – 8. Segue: o valor probatório da prova emprestada – 9. O compartilhamento dos elementos informativos da investigação: restrições impostas pela disciplina dos *meios de obtenção de provas* – Referências.

Gomes Filho, Antonio Magalhães. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 122, p. 43-61, ago. 2016.

## 1. INTRODUÇÃO: RELEVÂNCIA E ATUALIDADE DO TEMA

O *compartilhamento* ou *empréstimo* de provas – a denominada *circolazione probatoria* do direito italiano[1] – significa a possibilidade de utilizar, num determinado processo, os elementos de convicção formados em procedimento diverso e autônomo. Se o objetivo da atividade de instrução processual é a apuração da correção das afirmativas das partes sobre os fatos que fundamentam suas pretensões, nada mais natural, sob o ponto de vista da celeridade e da economia, que se possam trazer aos autos dados de conhecimento que tenham sido legitimamente adquiridos em outro procedimento.

No âmbito da persecução penal, é mecanismo cuja conveniência é ditada na atualidade pelas características das modernas formas de criminalidade – especialmente a organizada e multinacional –, que envolvem apreciável multiplicidade de ações delitivas e pluralidade de autores. As legislações contemporâneas têm dado especial atenção à coordenação das atividades de apuração dessas infrações, como no Brasil a inclusão, dentre os meios de obtenção de provas, da "cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais, na busca de provas e informações de interesse da investigação e da instrução criminal" (art. 3.º, inc. VIII, da Lei 12.850/2013).

Por isso, coloca-se em jogo a regra tradicional do *simultaneus processus*, decorrente da conexão probatória, que daria lugar inevitavelmente aos denominados maxi-processos, não só inexequíveis do ponto de vista prático, mas também causadores de potenciais restrições ao regular exercício da defesa. Em seu lugar, discute-se cada vez mais o aproveitamento das provas e dos elementos informativos da investigação em procedimentos distintos.

No sistema do vigente Código de Processo Penal, a opção do legislador foi pela unidade do processo e do julgamento "quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração" (art. 76, III, CPP) ou, ainda, quando "duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração" ou "no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51 § 1.º, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal" (art. 77, I e II, CPP). Essas regras, estabelecidas pelo legislador para a disciplina da competência e, como tal, determinantes para a fixação do *juiz natural*, garantia de índole constitucional, podem apresentar inconveniências no campo da atividade probatória, tornando a instrução com diversos acusados e múltiplas

1. ROMBI, Natalia. *La circolazione dele prove penali*. Padova: Cedam, 2003; FERRUA, Paolo. *La prova nel processo penale*. Torino: Giappichelli, 2015. vol. 1. p. 179 e ss.

imputações praticamente inviável, além de constituir potencial embaraço ao exercício efetivo da defesa, na medida em que o exame de uma grande quantidade de material atinente a muitos acusados e fatos multiplicaria – às vezes sem necessidade –, o tempo de preparação e desenvolvimento da atividade defensiva.

Não se pretende, neste estudo, esgotar os inúmeros aspectos que envolvem o tema, mas abordar as questões mais relevantes e atuais, sendo indispensável partir do esclarecimento de certos conceitos fundamentais da disciplina probatória legal.

## 2. AS DIFERENTES ACEPÇÕES DO TERMO *PROVA* NA LINGUAGEM PROCESSUAL

É muito frequente – mas nem sempre bem percebido –, que as divergências doutrinárias e jurisprudenciais decorram, em grande parte, do sentido equívoco com que são empregadas certas palavras na argumentação jurídica. Por isso, antes de tudo, cumpre aclarar o que se entende por *prova* quando se fala em *compartilhamento* ou *empréstimo* de provas.

O termo *prova* é marcantemente polissêmico, sendo utilizado com diversificadas acepções, não só no âmbito mais amplo da filosofia e das ciências, mas também, muito particularmente, na linguagem do Direito.

*Prova* indica, num sentido mais geral, o conjunto de atividades realizadas no processo para recolher e analisar os dados necessários para que o juiz possa decidir a respeito dos fatos alegados pelas partes como fundamento de suas respectivas pretensões. Essas atividades integram o chamado *procedimento probatório* e visam a estabelecer um conhecimento processualmente verdadeiro a respeito das realidades históricas postas como base da ação e da defesa. São, portanto, atividades próprias do juiz e das partes, sempre informadas pelos princípios e regras do "devido processo legal".

Ao mesmo tempo, o vocábulo *prova* serve para designar tanto cada um daqueles dados de conhecimento – o *elemento de prova* –, como também o *resultado* que o juiz obtém a partir dos aludidos dados, concluindo assim a respeito da ocorrência, ou não, de cada um dos fatos alegados pelas partes. Essa distinção é bem notória na linguagem jurídica inglesa, que emprega a palavra *evidence* no primeiro sentido, falando em *proof*, quando cuida da segunda acepção.

Na terminologia processual, fala-se em *elemento de prova* para indicar cada um dos *dados objetivos* que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa. Constituem elementos de prova, por exemplo, a declaração de uma testemunha sobre determinado acontecimento,

a opinião de um perito sobre a matéria de sua especialidade, o conteúdo de um documento etc.

A expressão *elemento* de prova revela, por sinal, uma característica fundamental da atividade probatória, qual seja a de que o convencimento judicial resulta (ou deve resultar) de uma pluralidade de informações (*provas*), a partir das quais são realizados procedimentos inferenciais para que se chegue a uma conclusão sobre o fato. É em relação a esse sentido que se diz que a prova é *inadmissível*, *impertinente* ou *irrelevante*, porquanto certos dados, em virtude de proibição legal ou por motivos lógicos, não devem ser levados em consideração no julgamento sobre o fato.

## 3. SEGUE: *ELEMENTO DE PROVA* E *ELEMENTO INFORMATIVO DE INVESTIGAÇÃO*

Diante dessas diferentes acepções, cabe aqui sublinhar que quando se trata do tema *compartilhamento* ou *empréstimo* de provas o que se tem em conta é justamente esse último sentido, o de *elemento* de prova, ou seja, cada um dos dados objetivos de conhecimento, a partir dos quais se pode chegar a uma conclusão sobre o fato cuja demonstração se busca no processo.

Daí ser imprescindível também esclarecer e superar, desde logo, uma recorrente confusão que se estabelece, no processo penal, entre *elemento de prova* e *elemento de investigação*.

Isso tem a ver especialmente com estruturação do chamado *sistema misto* de processo penal, engendrado pelos ordenamentos ligados à tradição da Europa continental para dar maior eficiência à repressão criminal, a partir do *Code d'instruction criminelle* francês, de 1808. Esse diploma consolidou uma tendência contrária à absorção pelas leis revolucionárias do modelo de julgamento pelo júri que caracterizava a tradição processual dos sistemas de *common law*.

Com efeito, historicamente na Inglaterra – e depois na América do Norte –, o julgamento de causas civis e criminais era confiado a pessoas da comunidade, às quais eram apresentadas, concentrada e oralmente, no *day of court*, todas as informações (provas) relevantes para a decisão do caso. Daí a elaboração de um conjunto de regras destinadas a evitar que os jurados leigos pudessem ser confundidos e assim levados a erros de apreciação. O objetivo de tais regras, que constituem a denominada *law of evidence*, é selecionar o material probatório que pode ser apresentado ao júri, até então desinformado sobre os fatos, o que é feito sob a direção do juiz e com ampla participação das partes, caracterizando o *adversarial system*.

Na Europa Continental, diversamente, a partir do método praticado pelas jurisdições eclesiásticas, desenvolveu-se o sistema inquisitório, em que, por meio do *inquérito,* buscava-se reconstituir os fatos passados, utilizando todos os meios possíveis para uma obsessiva finalidade de obtenção da verdade, até mesmo com o recurso à tortura.

Os evidentes abusos inerentes a esse modelo, num quadro mais amplo de repulsa às instituições políticas e judiciárias do Antigo Regime, foram objeto de severas críticas pelo ideário iluminista e, assim, logo em seguida à Revolução de 1789, foram editadas leis que introduziram uma reforma radical no sistema processual penal francês, incluindo-se a introdução dos julgamentos pelo júri, inspirada na tradição anglo-americana, com a correspondente adoção de um procedimento público, oral e contraditório.

No entanto, são bem conhecidos os retrocessos dessa reforma, que levou a uma *solução de compromisso* entre o novo modelo e o sistema inquisitório, escrito e secreto herdado das *Ordonnances* de 1539 e 1670. Com o *Code d' instruction criminelle*, de 1808, consagrou o denominado *sistema misto*, sendo o procedimento então dividido em duas fases: a primeira – secreta, escrita e sem a participação da defesa – destinava-se à colheita do material informativo pelo juiz de instrução; na segunda, perante o júri, os elementos obtidos eram discutidos em contraditório, em audiência pública e oral.

O *sistema misto* (ou *reformado*, na terminologia alemã) representa, com maior ou menor prevalência dos aspectos inquisitórios ou acusatórios em cada ordenamento contemporâneo de *civil law*, o modelo procedimental prevalente, com importantes reflexos em matéria de provas. É o que sucede, no direito brasileiro, com a divisão da persecução penal em duas fases distintas: a de *investigação*, realizada em regra pela Polícia Judiciária inquisitorialmente, por meio do *inquérito policial*; e a *ação penal*, com instrução probatória em contraditório.

Daí ser indispensável destacar, para o correto emprego da expressão *prova* no contexto deste estudo, o que se deve entender por *elemento de prova* e *elemento da investigação*, como se infere do que determina o art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 11.690/2008:

> O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente com base nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Com efeito, ao dizer que o juiz formará o seu convencimento pela livre apreciação da *prova produzida em contraditório judicial,* excluindo, ao mesmo tempo,

que possa utilizar exclusivamente *elementos informativos colhidos na investigação*, o legislador consagrou e sublinhou a nítida e apropriada distinção entre o que é *prova* e aquilo que constitui representa mero resultado da investigação.

Os dois conceitos não se confundem, até porque constituem resultado de atividades com finalidades diversas: os *atos de prova* objetivam a introdução de dados probatórios (*elementos de prova*) no processo, que servem à formulação de um *juízo de certeza* próprio da sentença; os *atos de investigação* visam à obtenção de informações que levam a um *juízo de probabilidade* idôneo a sustentar a *opinio delicti* do órgão da acusação ou de fundamentar a adoção de medidas cautelares pelo juiz.[2]

## 4. O CONTRADITÓRIO COMO CONDIÇÃO DE EXISTÊNCIA DA PROVA (*RECTIUS*, DO *ELEMENTO DE PROVA*)

A Lei 11.690/2008, ao tornar explícita essa diferença essencial entre *prova* e *elemento informativo* trazido pela investigação, ressalta que a observância do contraditório é verdadeira *condição de existência* da prova.

De fato, só podem ser considerados *provas*, no sentido jurídico-processual, os dados de conhecimento introduzidos no processo na presença do juiz e com a participação das partes, em contraditório.[3]

Nesse último aspecto, como anota Bruno Cavallone, trata-se de decorrência do próprio direito à prova – que constitui manifestação dos direitos de ação e de defesa –, pois este possui também um conteúdo negativo, no sentido de que cada parte não só deve dispor da faculdade de provar os fatos que lhe são favoráveis, mas também de ser protegida de iniciativas da parte contrária capazes de influir sobre o convencimento do juiz fora do respeito ao contraditório.[4]

O *contraditório*, com efeito, não é apenas uma qualidade do processo, mas uma nota essencial ao seu próprio conceito. Como ensina Fazzalari, só o pro-

2. LOPES JR. Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 227-228.

3. GRINOVER. Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo. Ed. RT, 2011. p. 117-118.

4. CAVALLONE, Bruno. *Il giudice e la prova nel processo civile*. Padova: Cedam, 1991. p. 462.

cedimento regulado de modo a que dele participem aqueles em cuja esfera jurídica o ato final produzirá efeitos, em simétrica paridade, pode ser chamado de *processo*.[5]

O contraditório processual tem, em primeiro lugar, um fundamento político-ideológico: no Estado democrático de direito as decisões judiciais não somente são pronunciadas *em nome* do povo, mas também resultam de procedimentos abertos à participação dos interessados, em igualdade de condições.[6]

Em outra ótica, o diálogo entre as partes cumpre, ainda, uma significativa função social, qual seja a de *legitimar* a decisão a ser tomada: é a esperança de poder influenciar o resultado do processo que leva os contendores ao compromisso de aceitação de uma solução ainda incerta e, com isso, imuniza-se o sistema social contra descontentamentos e protestos.[7]

Finalmente – e mais importante em relação ao tema da prova –, no contraditório também pode ser entrevisto um fundamento *técnico*, pois o melhor *método* para a descoberta da verdade dos fatos é aquele em que levam em conta as contribuições trazidas pelas partes.

No método *inquisitório* a pesquisa dos fatos é conduzida unilateralmente, com o propósito de confirmar, a todo preço e custo, uma hipótese de verdade previamente estabelecida pelo inquisidor, o que traz em si grave vício epistemológico. Ao contrário, o sistema informado pelo *contraditório*, permitindo a cada uma das partes apresentar provas contrárias para trazer elementos de confronto em relação às provas do adversário, enriquece-se o material probatório à disposição do juiz, aumentando a base cognitiva para o estabelecimento da verdade sobre os fatos.[8]

A Lei 11.690/2008 sublinha, portanto, entre nós, a diversidade conceitual e o próprio valor, na formação do convencimento do juiz, entre o que constitui *prova* (dado de conhecimento formado em contraditório) e *elemento informativo da investigação* (obtido de forma inquisitória).

5. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 5. ed. Padova: Cedam, 1989. p. 58.
6. DINAMARCO, Cândido R. O princípio do contraditório. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Ed. RT, 1986. p. 93.
7. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. p. 91 e ss.
8. TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 403.

## 5. PROVAS FORMADAS NO PROCESSO E *PRÉ-CONSTITUÍDAS*: O CONTRADITÓRIO *PARA A PROVA* E *SOBRE A PROVA*

Assentada a essencialidade do respeito à garantia do contraditório na atividade probatória, cabe a esta altura – e para os fins deste estudo –, estabelecer uma fundamental distinção relacionada às modalidades pelas quais as provas adquirem existência como elementos idôneos a servir ao julgamento sobre os fatos: em alguns *meios* disciplinados pelo legislador, a *formação* dos elementos probatórios é realizada no âmbito do próprio processo; em outros, as provas podem adquirir existência extraprocessualmente, ou seja, fora da atividade processual.

Pense-se, como exemplo da primeira situação, na prova testemunhal. A tomada do depoimento da testemunha é atividade exclusivamente processual: o depoente relata fatos de que teve conhecimento pela percepção sensorial diante do juiz e das partes, de viva voz, segundo o procedimento determinado em lei. Há, inclusive, uma ordem de perguntas estabelecida com o objetivo de superar lacunas e contradições e também, especialmente, controlar concomitantemente a própria credibilidade das informações trazidas. Tanto é assim que a lei processual veda expressamente que a testemunha traga o depoimento por escrito, permitida apenas a breve consulta a apontamentos (art. 204 e parágrafo único, CPP, v. CPC).

Já com relação ao segundo caso, pode-se citar a prova documental. Nesta, a formação do documento é realizada sempre fora do processo (*v.g.* a redação de uma carta ou de ato notarial) e os elementos probatórios que nele se contém são introduzidos *a posteriori* nos autos. Por isso, o referido *controle* sobre a idoneidade das informações contidas não pode ser contextual, mas se verifica em procedimentos subsequentes, como a realização de perícia quando surgir dúvida sobre a autenticidade do documento, o confronto com outras provas etc.

Diante desses exemplos, cabe destacar aqui uma referência ao meio de prova pericial. No Brasil, antes da reforma introduzida pela Lei 11.690/2008, as perícias eram realizadas, quase exclusivamente, na fase do inquérito policial, sendo assim submetidas tão somente a um contraditório posterior. Com a nova redação dada ao Código de Processo Penal, ampliou-se a possibilidade de discussão das conclusões periciais pelas partes, seja pela introdução da figura do assistente técnico, seja pela previsão de ouvida dos peritos para esclarecimentos, na audiência de instrução e julgamento. Nessa nova situação, embora o laudo pericial seja elaborado fora do processo, existe assim a possibilidade de uma complementação, em debate contraditório processual, na própria formação da prova pericial.

Da distinção inicialmente apontada resulta uma importante diferença quando se trata de atender à garantia do contraditório sobre os elementos de prova introduzidos no processo: no exemplo inicial, a participação das partes processuais deve ser realizada sempre no mesmo momento em que se desenvolve a atividade processual de formação dos dados probatórios, ou seja, o contraditório é essencial *para* a prova, com a consequência de que, sem ele, a informação não pode servir para o julgamento; em outras palavras, *não há prova*. Já na segunda hipótese, a função de controle assegurada pelo contraditório é exercida *sobre* uma prova já existente, atribuindo-se aos interessados a possibilidade de discutir o conteúdo das informações, trazer outros dados ou postular novas diligências.

Essa singularidade foi consagrada pelo novo art. 111, parágrafo 4.º, da Constituição italiana, que assegura: "o processo penal é regulado pelo princípio do contraditório na formação da prova". Na expressão de Paolo Ferrua, é uma expressão breve, mas potente, onde o contraditório não figura como simples direito individual, mas como garantia objetiva, condição de regularidade do processo. Fixou-se uma ideia *forte*, uma vez que o contraditório em sentido *débil* é aquele que se exercita sobre declarações escritas.[9]

## 6. A *PROVA EMPRESTADA*, EM FACE DAS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

À luz do exposto, passa-se a examinar a situação de compartilhamento ou empréstimo de provas, que consiste – como visto –, na possibilidade de utilizar, num determinado processo, os elementos de convicção formados em procedimento diverso e autônomo.

Nesse tema, é essencial ressaltar, desde logo, que o aproveitamento da prova no segundo processo se faz pela juntada dos atos de documentação da prova originária do primeiro, o que equivale dizer que, na sua *forma*, a prova emprestada ou compartilhada será sempre *documental*. No entanto, pouco valeria realizar-se essa transferência se os elementos probatórios assim trazidos ao processo possuíssem o mero valor de prova documental.

A vantagem do compartilhamento decorre do fato de que, no segundo processo, os elementos de prova adquiridos manterão a natureza e a eficácia probatória original. Por isso, como ressalta Eduardo Talamini, constitui aspecto essencial da prova trasladada apresentar-se sob a forma documental, mas poder

9. FERRUA, Paolo. *Il giusto processo*. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 2011. p. 91-92.

*manter seu valor originário*. Bem por isso, acrescenta: "o traslado de prova documental já apresentada em outro processo não constitui prova emprestada".[10]

Fundamental para que se possa validamente compartilhar a prova já produzida em outro processo é, evidentemente, a observância das garantias processuais, em especial a do contraditório e, para o processo penal, a da amplitude do direito de defesa.

Como já foi dito antes (*supra*, n. 4 ), só podem ser considerados *provas*, no sentido jurídico-processual, os dados de conhecimento introduzidos no processo na presença do juiz e com a participação das partes, em contraditório.[11] E, ainda, recordando Cavallone, isso decorre do direito à prova – manifestação relevante dos direitos de ação e de defesa –, pois ele possui também um conteúdo negativo, no sentido de que cada parte não só deve dispor da faculdade de provar os fatos que lhe são favoráveis, mas também de ser protegida de iniciativas da parte contrária capazes de influir sobre o convencimento do juiz fora do respeito ao contraditório.[12]

Por isso, cabe reiterar conclusão expressa em trabalho anterior de autoria coletiva, no sentido de ser o primeiro requisito constitucional de admissibilidade da prova emprestada o de ter sido produzida em processo formado entre as mesmas partes ou, pelo menos, em processo em que tenha figurado como parte aquele contra quem se quer fazer valer a prova. Isso porque o princípio constitucional do contraditório exige que a prova emprestada somente possa ter valia se produzida, no primeiro processo, perante quem suportará seus efeitos no segundo, com a possibilidade de ter contado, naquele, com todos os meios possíveis de contrariá-la. Em hipótese alguma poderá a prova emprestada gerar efeitos contra quem não tenha participado da prova no processo originário.[13]

No processo civil, é rara circunstância de ser a prova produzida entre as mesmas partes, ao contrário do que sucede processo penal de ação pública, em que uma das partes é sempre o Ministério Público, instituição una e indivisível. Assim, salvo a hipótese de ação de iniciativa privada, o que conta, em

10. TALAMINI. Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*. n. 91/94, 1998.

11. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit., p. 117-118.

12. CAVALLONE, Bruno. Op. cit., p. 462.

13. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit., p. 119.

regra, é ter sido o acusado parte no processo originário e naquele no qual se pretende compartilhar a prova.[14]

Vale ainda observar, para o processo penal – informado não só pelo contraditório, mas também pela garantia de amplitude da defesa –, que tal exigência restritiva ao aproveitamento da prova produzida *aliunde* é fruto, ainda assim, de uma interpretação redutiva do contraditório, que não considera que, mesmo havendo identidade de acusado, a estratégia defensiva pode mudar de acordo com o crime a ele atribuído.

Como adverte Paolo Ferrua, somente com alguma compressão o contraditório para a prova realizado em um processo pode valer em relação a imputação diversa; a rigor, mesmo quando o acusado seja o mesmo, a estratégia defensiva muda segundo o crime que lhe é atribuído e somente com algum esforço o contraditório para a prova realizado em um processo pode valer em relação a imputação diversa.[15]

Entre nós, no mesmo sentido, Aury Lopes Júnior observa que a prova produzida em um processo está vinculada a um determinado fato e réu (ou réus); ao ser trasladada automaticamente, está-se esquecendo a especificidade do contexto fático que a prova pretende reconstruir; o diálogo que se estabelece com a prova é vinculado ao fato que se quer apurar ou negar; logo, diferentes diálogos são estabelecidos com a mesma prova quando se trata de apurar diferentes fatos. E conclui: "a prova emprestada desconsidera isso e causa sérios prejuízos para todos no processo penal".[16]

À vista disso, sob a ótica das garantias constitucionais, somente o exame caso a caso e o confronto entre as situações em que foi exercida a defesa no processo original e naquele para o qual é transportada a prova pode indicar a legitimidade do compartilhamento.

## 7. A ADMISSÃO DA PROVA EMPRESTADA NA JURISPRUDÊNCIA DOS NOSSOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Em diversas ocasiões, o problema do compartilhamento ou empréstimo da prova penal tem sido enfrentado em decisões nos nossos tribunais superiores, com soluções e argumentos que merecem registro e comentário.

14. TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 96.

15. FERRUA, Paolo. *La prova nel processo penale*. Torino: Giappichelli, 2015. vol. 1. p. 180.

16. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 584.

No julgamento do HC 183.571-RJ, a 6.ª T. do STJ decidiu pelo desentranhamento dos termos de interrogatório do corréu e dos depoimentos colhidos em feito no qual não comparecera a defesa do paciente, sob o fundamento de que

> a prova emprestada tem sido admitida no processo penal pela jurisprudência desde que, no processo de origem dos elementos trazidos, tenha havido a participação da defesa técnica do paciente, e desde que não seja o único dado a embasar a motivação da decisão.

Destaca-se, no julgado, sólida argumentação constante do voto da Relatora Ministra Maria Thereza Assis Moura:

> o devido processo legal deve iluminar a colheita da prova que, para alcançar a justa prestação jurisdicional, deve marcar-se pela necessária dialeticidade (...). Nesta perspectiva, como a prova testemunhal carreada aos autos não se submeteu ao controle de uma das partes, é imperioso notar que a sua produção encontra-se maculada. Assim, a assertiva de que, como documentos, puderam tais elementos ser submetidos à apreciação das partes, cede diante da complexidade do exercício do direito à prova, que se concretiza nas fases da admissão, produção e valoração (...). Não teve ela [a defesa] a oportunidade de exercer o seu fundamental papel de formular perguntas, extraindo, das sucessivas reações das testemunhas, nuances de certeza ou dúvida de seus relatos.[17]

Em outro pronunciamento exemplar, a 5.ª T. do STJ também concluiu pelo desrespeito ao contraditório em situação de prova emprestada confeccionada unilateralmente nos autos de processo civil de destituição de pátrio poder, em que o acusado, apesar de constar como parte, não teve a participação direta e imediata na atividade de produção originária da prova, que assim não pode servir de elemento de convicção válido e incontroverso. Assentou-se então que

> a prova emprestada, assim como as demais, é admitida no ordenamento jurídico pátrio, desde que tenha sido produzida em processo no qual figuram as mesmas partes, com observância do devido processo legal, e não constitua o único elemento de convicção a respaldar o convencimento do julgador".[18]

Essas duas decisões bem ilustram o entendimento já aqui sustentado (supra, n. 6), no sentido de que o aproveitamento da prova trasladada de outro

17. STJ, 6.ª T., HC 183.571-RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 27.09.2011.

18. STJ, 5.ª T., AgRg no REsp. 1.171.296-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 24.04.2014.

processo somente se legitima quando observado o contraditório *para* a sua produção.

Em sentido contrário, no entanto, outros julgados têm admitido a prova emprestada tão somente com a sua sujeição posterior ao contraditório.

Assim, no caso de aproveitamento de declarações prestadas por adolescente perante a Vara de Infância e Juventude, a 5.ª T. do STJ consignou que, embora tomadas em procedimento distinto, o documento foi submetido ao crivo do contraditório, já que a defesa teve a oportunidade de impugná-lo, ressaltando-se, ainda, que tal prova não foi a única utilizada pelo magistrado para fundamentar a sentença.[19]

Na verdade, essa parece ser a posição que prevalece no STJ, como assentado na ementa do acórdão proferido em sede de AgrReg no REsp. 1.471.625-SC:

> Consolidou-se a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça no sentido da admissibilidade, uma vez observado o contraditório, de prova emprestada proveniente de ação penal da qual não participaram as partes do feito para o qual a prova será trasladada.

Nesse julgado, lembrando precedente da lavra da Min. Nancy Andrighi (EREsp. 617.428-SP, acentuou-se que

> a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto, Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo.[20]

Essa orientação prevalente nos tribunais parece ter inspirado a consagração, pelo novo Código de Processo Civil, da regra do art. 372: "O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório".

Essa diretriz, demasiado ampla, pelo que ficou anteriormente anotado (*supra*, n. 6) não atende às exigências do contraditório e da ampla defesa no processo penal.

19. STJ, 5ª T., AgRg no REsp. 1.553.367, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 04.02.2016.

20. STJ, 6.ª T., AgRg no REsp. 1.471.625-SC, Rel. Min. Maria Thereza Assis Moura, j. 02.06.2015.

## 8. SEGUE: O VALOR PROBATÓRIO DA PROVA EMPRESTADA

A jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, como visto, admite a prova emprestada, mesmo sem haver identidade de partes – e, portanto, o contraditório *para* a prova –, desde que os elementos trasladados de um processo a outro sejam submetidos a um contraditório *sobre* a prova, mais débil, na expressão de Paolo Ferrua.

No entanto, ao contrário do que se observou a respeito do próprio conceito de prova emprestada – que se apresenta sob a forma documental, mas mantém o seu *valor original*, (*v.g.*, testemunhal) e poderá constituir ser *prova plena* (*supra*, 6) –, o entendimento jurisprudencial dominante faz constante menção à existência de outras provas que a corroborem.

Essa orientação jurisprudencial ficou assentada especialmente em antigo precedente da lavra do Min. Celso de Mello, de 1989, de cuja ementa extrai-se:

> a prova emprestada, especialmente no processo penal condenatório, tem valor precário, quando produzida sem observância do princípio constitucional do contraditório. Embora admissível, é questionável sua eficácia jurídica. Inocorre, contudo, cerceamento de defesa, se, inobstante a existência de prova testemunhal emprestada, não foi ela a única a fundamentar a sentença de pronúncia.[21]

É possível verificar, na maioria dos julgados mais recentes que a admissão da prova emprestada quando submetida apenas a um contraditório posterior, que ela só se apresenta justificada em situações em que existem outros elementos de convicção a corroborá-la. Assim, no HC 95.019, a 1ª T. do STF registrou que "o acórdão atacado assentou estar o édito condenatório fundado em declarações de corréus, colhidos em juízo, e não apenas em prova emprestada, o que afasta a nulidade".[22] Também no HC 95.549:

> Não há nulidade por terem sido juntadas aos autos do processo principal – e eventualmente relevadas na sentença de pronúncia – provas emprestadas de outro processo-crime, pois o que se exige é que não tenha sido a emprestada a única a fundamentar a sentença de pronúncia.[23]

Ainda:

21. STF, 1.ª T., HC 67.707-0-RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 07.11.1989.
22. STF, 1.ª T., HC 95.019-SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 15.09.2009.
23. STF, 1.ª T., HC 95.549-SP, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 28.04.2009.

> a prova emprestada, utilizada dentro do conjunto probatório produzido durante a instrução criminal, é perfeitamente admitida, quando serve como mais um dos elementos de convicção que sustentam o decreto condenatório.[24]

Semelhante posicionamento reflete, com a devida vênia, o reconhecimento de que a prova produzida fora de um contraditório efetivo entre as partes não possui, por si só, qualquer eficácia, sendo admitida por motivos utilitários que afetam as garantias processuais constitucionais. Em outras palavras, se são necessários *outros* elementos para aceitação da prova emprestada é porque ela, na verdade, não constitui *prova*.

Ademais, como pondera Gustavo Badaró, amparado nas lições de Damaska e Taruffo,

> tal posicionamento é criticável por partir de uma premissa, não demonstrada no campo epistemológico e psicológico, de que o processo de valoração da prova para o convencimento judicial se forma de maneira atomística, considerando isoladamente cada prova, e não em um contexto holístico, valorando-as em seu conjunto, ainda que após as valorações isoladas. Em um sistema de livre convencimento racional e motivado, é muito difícil aceitar que se possa 'pinçar' uma prova e, simplesmente, afirmar que a 'soma' do convencimento gerado pelas provas restantes ainda é suficiente para a manutenção do convencimento.[25]

Por outro lado, como afirmado em comentário feito em trabalho anterior, a – respeito da redação dada ao art. 155 pela Lei 11.690/2008, que admite a consideração para o convencimento judicial, de elementos informativos da investigação –, também na situação de prova emprestada seria indispensável que os *outros* elementos de prova sejam *convergentes* com os dados tomados *por empréstimo*. Só haverá convergência dos diversos elementos – originários e emprestados – quando, em relação à mesma hipótese, tendam eles a produzir o mesmo resultado. A prova de um *fato*, é evidente, não é apta a confirmar fato diverso.[26]

24. STJ, 5.ª T., HC 47.813-RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 09.08.2007.
25. BADARÓ. Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 395.
26. GOMES FILHO. Antonio Magalhães. Provas. In: ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de (org.). *As reformas no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 252.

## 9. O COMPARTILHAMENTO DOS ELEMENTOS INFORMATIVOS DA INVESTIGAÇÃO: RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA DISCIPLINA DOS *MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVAS*

Diante de tudo o que foi até aqui afirmado a respeito da prova emprestada, cabe agora tratar de situação diversa, a de compartilhamento dos elementos informativos da investigação criminal.

Como anteriormente mencionado (supra, n. 3), a Lei 11.690/2008 sublinha a diversidade conceitual e o próprio valor, na formação do convencimento do juiz, entre o que constitui *prova* (dado de conhecimento formado em contraditório) e *elemento informativo da investigação* (obtido de forma inquisitória).

Portanto, em princípio, não existem óbices a que tais informações possam circular entre procedimentos de investigação diversos, até porque a recente Lei 12.850/2013 realça a importância da "cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais, na busca de provas e informações de interesse da investigação e da instrução criminal" (art. 3.º, inc. VIII).

Ademais, como também lembrado (supra, n. 3), os atos da fase de investigação não visam a produzir *provas*, mas à obtenção de informações que podem levar somente um *juízo de probabilidade* idôneo a sustentar a *opinio delicti* do órgão da acusação ou de fundamentar a adoção de medidas cautelares pelo juiz. Aliás, em muitos casos, certas providências jamais poderiam ser realizadas com a participação de acusados ou investigados, pois atinentes a fatos anteriores ao próprio delito ou à identificação de seus autores.

Existem certos atos praticados durante a investigação, no entanto, que objetivam conseguir provas materiais, que depois serão levadas ao processo (*meios de obtenção de provas*). Trata-se de atividade extraprocessual, levada a cabo principalmente pela Polícia Judiciária, em que é fundamental o fator "surpresa", evitando-se que a parte prejudicada, por uma prova desfavorável, possa evitar que a mesma seja trazida ao processo.

Embora a referida nomenclatura não seja expressamente adotada na legislação brasileira – ao contrário da italiana, em que são disciplinados no Código tanto os *mezzi di prova* como os *mezzi de ricerca della prova*, e da portuguesa, que trata tanto dos *meios de prova* como dos *meios de obtenção da prova* –, não há dúvida de que a diversidade de instrumentos probatórios também subsiste entre nós, com a mesma relevância e consequências práticas.

O Código de Processo Penal além de estabelecer regras minuciosas para a *produção* das provas pericial, testemunhal e documental (*meios de prova*, arts. 158 a 238 CPP), também disciplina a *obtenção* de provas mediante o procedimento cautelar preparatório da *busca e apreensão* (arts. 240 a 250, CPP). E,

ao lado disso, várias leis especiais disciplinam outros meios mais modernos de obtenção da prova, como, *v.g.*, a Lei 9.296/ 1996, que cuida da *interceptação de conversas telefônicas* e, mais recente, a Lei 12.850/ 2013, a respeito da *colaboração premiada*, da *ação controlada*, da *infiltração de agentes* e do *acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações*, no âmbito das organizações criminosas.

Nesses casos, ao estabelecer os estreitos parâmetros de tais atividades, fica clara a intenção do legislador em assegurar que a obtenção de provas seja realizada de forma compatível com os direitos fundamentais envolvidos, como a intimidade, a inviolabilidade do domicilio e o sigilo das comunicações (art. 5.º, incs. X, XI e XII, CF).

Daí porque, nessas situações, a atuação dos órgãos de investigação deve estar pautada por determinados limites, cuja transgressão poderá importar em ilicitude da prova obtida ou, também – no que aqui interessa –, impossibilitar o aproveitamento de seu resultado em outro inquérito ou processo.

Basta pensar no caso das buscas e apreensões domiciliares, em que preservação dos direitos constitucionais à *intimidade* e à *inviolabilidade do domicílio* que levou o legislador a prever e disciplinar, de forma minuciosa, o procedimento a ser seguido para a emissão da ordem judicial, obrigatória, na forma do art. 5.º, XI, da CF. Na sistemática legal, é preciso que a determinação judicial esteja documentada no *mandado de busca e apreensão*, que deve indicar "a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador" e, ainda, "o motivo e os fins da diligência" (art. 243, incs. I e II, do CPP).

Disso resulta a necessária individualização do local e daquilo que será objeto de busca e eventual apreensão, não cabendo o mandado incerto, vago ou genérico, afastando-se a possibilidade de deixar ao critério dos executores tanto a procura em domicílio diverso, como a escolha aleatória de coisas sujeitas à apreensão.[27] Em consequência, se na execução não forem respeitados os limites do mandado, a prova obtida será ilícita, impedindo especialmente que o desvio causal da prova autorizada para apuração de um crime seja utilizada para a punição de outro.[28]

27. PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. *Da busca e apreensão no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 171.

28. LOPES JR., Aury. *Direitoprocessual*, cit., p. 589.

Outra situação em que se discute a hipótese de compartilhamento é a da prova obtida mediante interceptação telefônica, quando ocorrer um *conhecimento fortuito*.

A Lei 9.296/ 1996, que disciplinou entre nós a permissão excepcional do art. 5.º, XII, da CF, sugere que o resultado de uma interceptação autorizada só possa ser utilizado como prova de fatos que constituem objeto de uma investigação determinada, como diz o seu art. 2.º: "Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada".

Mas, na prática, é bem sabido que com frequência surgem no curso de escutas legais *conhecimentos fortuitos* sobre outros crimes ou pessoas, que não podem ser ignorados. Em ordenamentos estrangeiros, em que há um catálogo de crimes em que se admite a interceptação, a solução encontrada tem sido de permitir a utilização desses dados sempre que haja conexão com uma infração catalogada.[29]

A falta, na lei brasileira, de um rol taxativo de infrações em que se admite a interceptação, excluídos somente os crimes com pena de detenção, dificulta a solução do problema, devendo o juiz guiar-se pelo critério geral da gravidade da infração, com base na proporcionalidade.

Quanto à possibilidade de aproveitamento da prova obtida por meio de interceptação autorizada em relação a pessoa não mencionada na decisão, a solução tem sido no sentido da admissão dos dados, desde que ligados aos fatos investigados, até porque a lei admite a autorização mesmo em casos em que não tenha sido possível a indicação e qualificação dos investigados (art. 2.º, parágrafo único).[30]

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT. 2015.

CAVALLONE, Bruno. *Il giudice e la prova nel processo civile*. Padova: Cedam, 1991.

29. COSTA ANDRADE, Manoel da. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992. p. 309-310.

30. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades*, cit., p. 176-177.

COSTA ANDRADE, Manoel da. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Ed., 1992.

DINAMARCO, Cândido R. O princípio do contraditório. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Ed. RT, 1986.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 5. ed. Padova: Cedam, 1989.

FERRUA, Paolo. *Il giusto processo*. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 2011.

_____. *La prova nel processo penale*. Torino: Giappichelli, 2015. vol. 1.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. In: ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de (org.). *As reformas no processo penal*. São Paulo. Ed. RT, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo. Ed. RT, 2011.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. *Da busca e apreensão no processo penal*, São Paulo: RT, 1999.

ROMBI, Natalia. *La circolazione dele prove penali*. Padova: Cedam, 2003.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*. n. 91/92-113.

TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.

**PESQUISAS DO EDITORIAL**

**Veja também Doutrina**

- Dos limites à atividade probatória no processo penal: ilicitude e compartilhamento de provas, de Jardel Luís da Silva e Yuri Felix – *RBCCrim* 111/209-226 (DTR\2015\243);
- O juiz e a gestão da prova no processo penal: entre a imparcialidade, a presunção de inocência e a busca pela verdade, de Miguel Tedesco Wedy e Raul Marques Linhares – *RBCCrim* 119/201-240 (DTR\2016\4872); e
- Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito, de Gustavo Badaró – *RBCCrim* 106/157-179 (DTR\2014\296).

85927

# IMUNIDADES PARLAMENTARES: ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIS

*PARLIAMENTARY IMMUNITY: CRIMINAL PROCEDURE ASPECTS*

**DIOGO MALAN**

Doutor em Direito Processual Penal pela USP.
Professor Adjunto de Processo Penal da UERJ e da FND/UFRJ. Advogado.
diogomalan@uol.com.br

**ÁREA DO DIREITO:** Penal; Processual; Constitucional

**RESUMO:** Estudo sobre as imunidades parlamentares previstas no art. 53 da Constituição da República brasileira, abrangendo aspectos processuais penais (históricos, conceituais, de natureza jurídica, fundamentação político-legislativa e dogmática).

**PALAVRAS-CHAVE:** Imunidades parlamentares – Imunidade processual stricto sensu – Imunidade prisional – Prisão em flagrante – Fiança.

**ABSTRACT:** This paper addresses parliamentary immunity as provided for in article 53 of the Brazilian Constitution, taking into account its criminal procedural aspects (historical, conceptual, and those of a legal nature, as well as its legislative, political and dogmatic foundation).

**KEYWORDS:** Parliamentary immunity – Inviolability – Freedom from arrest – In flagrante delicto arrest – Bail.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Imunidades parlamentares: breves notas históricas – 3. Segue: Conceito, natureza jurídica e fundamentação político-legislativa – 4. Segue: Aspectos dogmáticos processuais penais e político-criminais – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

A enorme reverberação midiática da recente prisão de Senador da República no exercício do mandato – fato inédito na história do País – trouxe à baila as relativamente pouco conhecidas *imunidades parlamentares*.

Essa prisão foi decretada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no dia 25.11.2015, nos autos da MC 4.039.[1]

O contexto fático subjacente ao decreto prisional em apreço é a chamada "*Operação Lava Jato*". Em apertada síntese, trata-se de conjunto de inquéritos policiais, medidas cautelares e processos judiciais sobre suposto esquema de *corrupção* e *lavagem de dinheiro* envolvendo funcionários da Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás (sociedade de economia mista cujo acionista majoritário e controlador é a União Federal) e de grandes conglomerados empresariais por ela contratados. Parte da propina supostamente seria canalizada para agentes e partidos políticos, que forneceriam sustentação à nomeação e manutenção no cargo de dirigentes da Petrobrás.

Nessa conjuntura, o Procurador-Geral da República decidiu requerer ao STF a decretação da prisão processual de Senador da República então no exercício do mandato, dentre outros, por suposta participação em conspirata para obstruir investigação criminal.[2]

Em sua representação, o Procurador-Geral da República aduziu que o Senador da República em tela e outros investigados estariam em situação de *flagrância* com relação ao crime tipificado no artigo 2.º, § 1.º da Lei 12.850/2013, porquanto eles supostamente estariam urdindo meios para embaraçar, no contexto da "*Operação Lava Jato*", investigação criminal sobre organização criminosa.

Ademais disso, o chefe do Ministério Público Federal redarguiu que medidas cautelares alternativas à prisão supostamente seriam insuficientes devido ao poder político e à influência na respectiva esfera de atuação do Senador da

1. STF, 2.ª T., MC 4.039-DF, rel. Min. Teori Zavascki, decisão de 25.11.2015.

2. Os fundamentos desse pedido foram fatos narrados por ex-Diretor da Petrobrás em seu acordo de colaboração premiada homologado judicialmente. No bojo deste último foi narrada suposta conspiração (integrada pelo Senador da República em questão e terceiros) cujo objetivo seria dissuadir o sobredito ex-Diretor de celebrar acordo de colaboração premiada com o Ministério Público Federal, ou ao menos evitar qualquer menção ao nome do Senador nessa delação. Para tanto, teriam sido oferecidas vantagens financeiras à família desse ex-Diretor, além de tráfico de influência junto ao Poder Judiciário para fins de assegurar a liberdade do acusado no curso do processo criminal. Outro fato narrado seria o suposto vazamento de documento sigiloso (minuta de anexo a termo de colaboração premiada), que estaria na posse de participante do conchavo. Por fim, teria sido discutida a burla a dispositivo de monitoramento eletrônico e subsequente facilitação da fuga do ex-Diretor do País.

República, que o levariam, fora do cárcere, a seguir dispondo de meios para influenciar os resultados da investigação criminal.

Assim, o Procurador-Geral da República invocou as seguintes circunstâncias autorizadoras da prisão preventiva: (i) garantia da ordem pública (*lavagem de dinheiro*, sob disfarce de pagamento de honorários advocatícios); (ii) garantia da aplicação da lei penal (planejamento de fuga de acusado); (iii) conveniência da instrução processual (tentativa de supressão de colaboração premiada, mediante pagamento de vantagens ilícitas).

No que tange especificamente à *imunidade prisional* prevista no art. 53, § 2.º do texto magno, o chefe do *Parquet* federal buscou afastá-la no caso concreto com base nos seguintes argumentos: (i) cariz *relativo* dessa imunidade no constitucionalismo norte-americano (suposta inspiração da Carta de 1988 quanto às prerrogativas parlamentares), circunscrita às condutas praticadas no próprio recinto congressional e no exercício das funções parlamentares (*in itinere*); (ii) necessidade de tratamento *sistemático* da prisão processual, à luz da possibilidade de submissão do parlamentar à persecução penal introduzida pela EC 35/2001; (iii) cabimento da prisão processual do congressista caso presentes dois requisitos: *clareza probatória* da prática de infração penal (próxima à situação fático-jurídica de flagrância) e *gravidade da conduta* (inafiançabilidade da infração penal); e (iv) natureza jurídica da imunidade parlamentar como sendo *garantia do mandato*, e não de garantia da pessoa que transitoriamente o exerce.

Tal pleito veio a ser acolhido, por unanimidade, pela 2.ª T. do STF.

No que tange à temática central deste artigo, esse decreto prisional acenou com os seguintes argumentos: (i) a natureza *permanente* do crime de *embaraço à investigação sobre organização criminosa* (art. 2.º da Lei 12.850/2013),[3] motivo pelo qual existe possibilidade de prisão em flagrante do investigado a qualquer tempo;[4] (ii) o cariz *inafiançável* desse delito, por força do art. 324, IV do Estatuto Processual Penal; (iii) a natureza *relativa* da imunidade insculpida no art. 53, § 2.º da Carta Maior.[5]

Nessa mesma data o Senado Federal decidiu, em votação aberta, pela mantença da prisão do Senador, por 59 votos a 13.

3. STF, 1.ª T., HC 112.454, rel. Min. Rosa Weber, *DJe* 11.04.2013.

4. STF, 2.ª T., HC 101.095, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 24.09.2010.

5. STF, 1.ª T., HC 89.417, rel. Min. Carmen Lúcia, *DJe* 15.12.2006.

A questão da legalidade dessa prisão suscitou candentes debates em meios de comunicação de massa e redes sociais.

Não obstante, este lavor não almeja emitir juízos de valor conclusivos sobre o *mérito* dessa decisão do STF, à míngua de conhecimento de todos os elementos informativos que compõem o mosaico fático-probatório que lhe serviu de base.

Por limitações de tempo e espaço, far-se-á imprescindível *recorte epistemológico*, circunscrito à análise das *imunidades parlamentares* na perspectiva do Direito Processual Penal. Não se tratará, portanto, de temas tais como a *inviolabilidade* civil e penal do parlamentar por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos etc.

É lícito supor que esse enfoque pode fornecer o senso de perspectiva necessário para viabilizar reflexão político-criminal mais aprofundada e equilibrada acerca da aplicação casuística do instituto em digressão, assim como de sua legitimidade política no horizonte do Estado Democrático de Direito.

Ao final, serão tecidas considerações de cariz *crítico* sobre alguns dos argumentos pontuais esgrimidos pelo requerimento ministerial e pelo respectivo decreto prisional da Corte Suprema, nos autos da MC 4.039.

Para tanto, optou-se pela divisão do presente lavor em três partes.

Na primeira, será brevemente exposta a evolução histórica das imunidades parlamentares no âmbito do constitucionalismo brasileiro.

Na segunda, se examinará o objeto de estudo nas perspectivas conceitual, de natureza jurídica e de fundamentação político-legislativa.

Na terceira e última, far-se-á recorte de cariz mais dogmático, almejando-se a interpretação mais adequada do art. 53, § 2.º do texto magno, à luz dos princípios e regras do Direito Processual Penal. Por fim, serão feitas considerações de natureza político-criminal sobre a vertente processual penal das imunidades parlamentares.

## 2. IMUNIDADES PARLAMENTARES: BREVES NOTAS HISTÓRICAS

As imunidades parlamentares, tal qual reguladas hoje no Brasil, são hauridas da cultura jurídica francesa, mais especificamente do ideário político da Revolução Francesa.[6] Tal circunstância levou à sua consagração expressa no

6. GOMES, Carla Amado. *As imunidades parlamentares no direito português*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 26-28.; HARDT, Sasha. *Parliamentary immunity: A compre-*

bojo da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (Título III, Capítulo I, Seção 5, arts. 7.º e 8.º).[7]

A Constituição Política do Império do Brasil (1824) instituiu a imunidade parlamentar no seu art. 27, com a seguinte redação: "*Nenhum Senador, ou Deputado, durante a sua deputação, pode ser preso por Autoridade alguma, salvo por ordem da sua respectiva Câmara, menos em flagrante delito de pena capital*".[8]

O dispositivo subsequente rezava que, caso algum congressista viesse a ser acusado, o Juiz deveria suspender o processo criminal e comunicar a Câmara respectiva, a qual decidiria sobre o prosseguimento do processo e a suspensão do acusado do exercício das suas funções parlamentares.

O Código de Processo Penal do Império (1832) aboliu as cartas de seguro e quaisquer outros meios para a soltura do acusado durante o curso do processo, à exceção da *fiança* (art. 113). O critério para concessão da fiança era a pena máxima abstratamente cominada igual ou inferior a seis meses de prisão (art. 100), excluídas expressamente as penas de desterro para fora da Comarca, morte, galés, seis anos de prisão com trabalho, oito anos de prisão simples e vinte anos de degredo (art. 101).

A Constituição republicana de 1891, por sua vez, tratou desse tema em seu art. 20, com o seguinte teor:

> Os Deputados e Senadores, desde que tiverem recebido diploma até a nova eleição, não poderão ser presos nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável. Neste caso, levado o processo até pronúncia exclusiva, a autoridade processante remeterá os autos à Câmara respectiva para resolver sobre a procedência da acusação, se o acusado não optar pelo julgamento imediato.

---

*hensive study of the systems of parliamentary immunity in the United Kingdom, France, and the Netherlands in a European context*. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 138 e ss.

7. Article 7. *Les représentants de la Nation sont inviolables: ils ne pourront* être *recherchés, accusés ni jugés en aucun temps pour ce qu'ils auront dit,* écrit *ou fait dans l'exercice de leurs fonctions de représentants.*
Article 8. *Ils pourront, pour faits criminels,* être *saisis en flagrant délit, ou en vertu d'un mandat d'arrêt; mais il en sera donné avis, sans délai, au Corps législatif; et la poursuite ne pourra* être *continuée qu'après que le Corps législatif aura décidé qu'il y a lieu à accusation.*

8. A pena capital era executada por enforcamento (art. 27 do Código Criminal do Império de 1830) e reservada para as infrações penais de maior gravidade, tais como *insurreição* (art. 113), *homicídio* (art. 192) e *latrocínio* (art. 271).

Portanto, houve mudança paradigmática permitindo ao congressista acusado renunciar à sua imunidade e optar por ser julgado imediatamente. Outra inovação foi a substituição do critério *penal* autorizador da prisão do congressista em flagrante delito – espécie de pena mais gravosa existente – por critério *processual penal*: inafiançabilidade do crime.

O modelo de pluralismo processual foi instituído pelo art. 34, § 23 da Carta de 1891, que, ao outorgar ao Congresso Nacional competência para "*legislar sobre Direito Civil, Comercial e Criminal da República e o Processual da Justiça Federal*", implicitamente atribuiu aos Estados Federados competência para editar seus próprios códigos de Processo Penal.[9]

Nada obstante, o art. 5.º, XIX, *a* da Constituição de 1934 sepultou de vez esse modelo plural, ao reservar à União competência exclusiva para legislar sobre Direito Processual.

O art. 32 dessa Carta regulamentou o tema em digressão, em textual:

> Os Deputados, desde que tiverem recebido diploma até à expedição dos diplomas para a Legislatura subsequente, não poderão ser processados criminalmente, nem presos, sem licença da Câmara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável. Esta imunidade é extensiva ao suplente imediato do Deputado em exercício.

O § 1.º desse dispositivo impunha que a prisão em flagrante de crime inafiançável fosse, desde logo, comunicada ao Presidente da Câmara dos Deputados, encaminhado o auto respectivo, para que "*resolva sobre a sua legitimidade e conveniência e autorize, ou não, a formação da culpa*".

O art. 89, § 2.º, estendia tal regime de imunidades aos Senadores.

Com o golpe do Estado Novo, foi mantido esse regime de unidade processual, por força do art. 16, XVI da Carta de 1937.

O art. 42 desta última regulou a temática em foco nos seguintes termos: "*Durante o prazo em que estiver funcionando o Parlamento, nenhum dos seus membros poderá ser preso ou processado criminalmente, sem licença da respectiva Câmara, salvo caso de flagrante em crime inafiançável*".

9. O Código do Rio Grande do Sul (Lei 24, de 15.08.1898), por exemplo, adotou conceito de *inafiançabilidade* baseado na pena máxima abstratamente cominada igual ou superior a quatro anos de prisão (art. 229), proibindo-se a fiança nos casos de: (i) crime de *resistência*, independentemente da pena; (ii) tirada ou fuga de presos do poder da justiça e arrombamento das prisões, independentemente da pena; (iii) concurso de crimes cujo somatório de penas igualava ou excedia o sobredito patamar de quatro anos (art. 230).

O Estatuto Processual Penal da ditadura varguista (Dec.-lei 3.689/1941) instituiu a *inafiançabilidade* nas seguintes hipóteses: (i) crimes punidos com pena de reclusão, salvo se o acusado fosse maior de setenta anos ou menor de vinte e um, no caso de não ser superior a dois anos o máximo da pena cominada; (ii) contravenções dos arts. 50, 51, 52, 53, 54, 58, 59 e 60 da Lei das Contravenções Penais (Dec.-lei 3.688/1941); (iii) crimes ou contravenções com pena privativa de liberdade, se o réu já tivesse sido condenado por infração penal da mesma natureza em sentença irrecorrível; e (iv) em qualquer caso, se houvesse no processo prova de ser o réu vadio (art. 323).

A subsequente Lei Magna de 1946 tratou do nosso objeto de estudo em seu art. 45, com a seguinte redação:

> Desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara.

O primeiro parágrafo dispunha que, em caso de flagrante de crime inafiançável, os autos seriam enviados, no prazo de quarenta e oito horas, à Casa respectiva, "*para que resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação da culpa*".

Já o parágrafo subsequente rezava que tal deliberação seria feita por maioria de votos.

A EC 09/1964 introduziu terceiro parágrafo nesse dispositivo, estabelecendo que se a licença para o processo criminal não tivesse sido apreciada pelo Poder Legislativo no prazo de 120 dias da apresentação do pedido, este seria incluído na ordem do dia para ser discutido e votado, independentemente de parecer.

Já o art. 34, § 1.º da Carta autoritária de 1967 consagrou a vertente processual penal da imunidade parlamentar nos seguintes termos:

> Desde a expedição do diploma até a inauguração da Legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara.

O parágrafo seguinte dispunha que, se no prazo de 90 dias da data do recebimento a Casa não deliberasse sobre tal pedido de licença, este seria automaticamente incluído na ordem do dia, e nesta remanesceria durante 15 sessões ordinárias consecutivas, considerando-se concedida a licença caso não houvesse deliberação nesse prazo.

O § 3.º rezava que no caso de flagrante de crime inafiançável os autos seriam remetidos, dentro de 48 horas, à Câmara respectiva para que resolvesse sobre e prisão e autorizasse a formação da culpa, por voto secreto.

Com o advento da EC 1/1969 foi abolida a exigência de licença prévia para a persecução penal e ampliada sobremaneira a possibilidade de prisão em flagrante do congressista, passando o art. 32, § 1.º a ter a seguinte redação:

> *Durante as sessões, e quando para elas se dirigirem ou delas regressarem, os deputados e senadores não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime comum ou perturbação da ordem pública.*

Nesse ínterim, o critério de *inafiançabilidade* foi alterado pela Lei 6.416/1977, que deu nova redação ao art. 323 do CPP. Passaram a ser considerados *inafiançáveis* as seguintes infrações penais: (i) crimes punidos com reclusão, com pena mínima superior a dois anos; (ii) contravenções tipificadas nos arts. 59 e 60 da Lei das Contravenções Penais; (iii) crimes dolosos punidos com pena privativa da liberdade, se o réu já tivesse sido condenado definitivamente por outro crime doloso; e (iv) crimes punidos com reclusão que provocassem clamor público, ou cometidos com violência ou grave ameaça.

A EC 11/1978 alterou o sobredito regime jurídico, dispondo que:

> (...) desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, nem processados, criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara. (art. 32, § 1.º).

O parágrafo subsequente dispunha que se a Câmara respectiva não se pronunciasse sobre o pedido de licença no prazo de 40 dias do recebimento, a licença seria dada como concedida.[10]

Outra inovação digna de nota é que a comunicação da prisão em flagrante do parlamentar por crime inafiançável passou a ser enviada, no prazo de 48 horas, não mais à Casa respectiva, e sim à "*Comarca respectiva*", para que resolvesse sobre a prisão e autorizasse a formação da culpa (art. 32, § 3.º).

10. A exigência de licença prévia não se aplicava aos *crimes contra a segurança nacional*. Nesse caso o processo independia de licença do Poder Legislativo; uma vez recebida a denúncia e havendo gravidade do delito, o Procurador-Geral da República poderia requerer a suspensão do exercício do mandato parlamentar, até a decisão final da Suprema Corte (art. 32, § 5.º).

Nova modificação sobreveio com a EC 22/1982, a qual reestabeleceu a necessidade de envio da comunicação do flagrante, em 48 horas, à "*Câmara respectiva*" para que resolvesse sobre a prisão (art. 32, § 2.º).

Outra mudança foi a abolição da necessidade de prévia licença do Poder Legislativo para submeter o parlamentar a processo criminal, a qual veio a ser substituída pela possibilidade de a Câmara respectiva, por iniciativa da Mesa e maioria absoluta de votos, sustar o processo criminal, a qualquer momento (art. 32, § 3.º).

Com a redemocratização do País, a Carta de 1988 inovou a trazer catálogo de crimes *inafiançáveis*: (i) *racismo*; (ii) *tortura*, *tráfico ilícito de entorpecentes*, *terrorismo* e *crimes hediondos*; (iii) ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5.º, XLII, XLIII e XLIV, respectivamente).

O instituto em testilha veio regulado no art. 53 e seus parágrafos. O § 1.º manteve a proibição de prisão em flagrante do parlamentar por crime afiançável, reintroduzindo a necessidade de prévia licença da sua Casa para submetê-lo a processo criminal. Já o § 2.º criou causa suspensiva da pretensão estatal punitiva, enquanto durasse o mandato parlamentar, decorrente do indeferimento desse pedido de licença, ou ausência de deliberação a respeito. O § 3.º impunha o encaminhamento do auto de prisão em flagrante por crime inafiançável do congressista à Casa respectiva, no prazo de 24 horas, para resolução sobre a prisão e autorização da formação de culpa, por voto secreto da maioria.

Esse regime foi alterado pela EC 35/2001.

As principais inovações foram as seguintes: (i) a revogação da sobredita licença prévia, substituída pela necessidade de o STF, uma vez recebida a denúncia por crime consumado após a diplomação, comunicar a Casa respectiva, a qual poderá, por iniciativa de partido político nela representado e voto da maioria, sustar a tramitação do processo criminal até a decisão final (art. 53, § 3.º); (ii) a criação de prazo improrrogável de 45 dias, contados do recebimento pela Mesa Diretora, para eventual pedido de sustação ser apreciado pela Casa respectiva (art. 53, § 4.º); (iii) a instituição de causa suspensiva da pretensão estatal punitiva, enquanto durar o mandato parlamentar, decorrente da aceitação do precitado pedido de sustação do processo (art. 53, § 5.º); e (iv) a abolição do voto secreto da Casa respectiva sobre a prisão em flagrante do parlamentar por crime inafiançável.

Por fim, a Lei 12.403/2011 modificou o conceito de *inafiançabilidade* do Código de Processo Penal ao instituir, além das hipóteses constitucionais (art.

323), as seguintes: (i) *quebra* da fiança anteriormente concedida no mesmo processo ou infração, sem motivo justo, aos deveres processuais inerentes à concessão da fiança; (ii) prisão civil ou militar; e (iii) presença dos motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 324).

Ante o exposto, é lícito concluir que a vertente processual penal das imunidades parlamentares caracteriza instituto profundamente arraigado no constitucionalismo brasileiro (desde a Carta Imperial de 1824), independentemente da sucessão de regimes políticos de matizes ora autoritários, ora democráticos.[11]

Também se constata que a sobredita vertente tradicionalmente se desdobrou em duas esferas de proteção distintas: (i) impossibilidade de prisão, exceto em caso de flagrante de crime inafiançável (à exceção do período de vigência da EC 1/1969, que a admitia para crimes comuns) – que denominar-se-á *imunidade prisional*; (ii) exigência de licença prévia do Poder Legislativo para a persecução penal do parlamentar (exceto sob a vigência da Emenda Constitucional nº 01/69, que revogou tal licença, e das EC 22/1982 e 35/2001, que a substituíram pela possibilidade de suspensão do processo criminal) – a qual denominar-se-á *imunidade processual stricto sensu*.

## 3. SEGUE: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E FUNDAMENTAÇÃO POLÍTICO-LEGISLATIVA

Conforme referido acima, as imunidades parlamentares surgem em efervescente contexto histórico de transição entre os regimes *monárquico absolutista* e *democrático liberal*.

Nessa conjuntura havia grande preocupação em se instituir arranjo político-institucional que assegurasse valores tais como a *separação dos poderes da República* e a *representatividade democrática*, protegendo-o de forças políticas contrarrevolucionárias e de Poder Judiciário ainda identificado com o *Ancien Régime* autoritário.[12]

Portanto, a interpretação histórica revela que a razões de política legislativa que levaram o constituinte francês a consagrar as imunidades parlamentares não se relacionam à criação de odioso *privilégio*, em razão da pessoa detentora do mandato eletivo (imunidade *ratione personae*).

11. Para análise mais aprofundada dessa sucessão, ver: BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 10. ed. Brasília: Editora OAB, 2008.

12. GOMES, Carla Amado. *Op.* cit., p. 54 e ss.

A bem da verdade, as imunidades parlamentares fincam sua fundamentação axiológica em interesses públicos relevantes e indisponíveis, relacionados à *autonomia* e *independência* do Poder Legislativo.

Por conseguinte, tais imunidades possuem natureza jurídica de *garantias funcionais* imanentes ao próprio mandato eletivo e às atividades e funções que lhe são inerentes (imunidade *ratione funcionae*). Sua função precípua é assegurar condições de atuação *aguerrida* e *independente* aos congressistas, ao protegê-los de prisões e persecuções penais de cariz *arbitrário* e *injusto* – porquanto motivadas por questões de natureza ideológica, pessoal e/ou político-partidária.

Essa esfera de proteção tem dois objetos de tutela, um *imediato* e outro *mediato*.

Aquele assegura plenas condições de atuação parlamentar individual *autônoma* e *independente*, inclusive quanto à liberdade do exercício das funções de *crítica* e *fiscalização* de atos praticados pelas autoridades dos Poderes Executivo e Judiciário, sem receio de sofrer quaisquer retaliações.

Já este garante a *autonomia* e *independência* do Legislativo como um todo frente aos outros Poderes constituídos da República – tendo perceptível dimensão político-institucional *democrática* e *republicana*.[13]

Segundo Alcino Pinto Falcão, a *imunidade parlamentar* pode ser conceituada como:

> (...) garantia funcional, em geral bipartida em expediente material e formal, admitida nas Constituições para o livre desempenho do ofício dos membros do Poder Legislativo e evitar desfalques na integração do respectivo quórum.[14]

Pinto Ferreira, por sua vez, define-a como:

> (...) prerrogativa ou privilégio outorgado a cada um dos membros do Congresso para gozar da mais ampla liberdade de palavra, em tudo que seja relativo ao desempenho do seu mandato, garantindo-os contra qualquer coação ou abuso dos demais poderes.[15]

13. ALEIXO, Pedro. *Imunidades parlamentares*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961, p. 25 e ss.

14. FALCÃO, Alcino Pinto. *Da imunidade parlamentar (Informe de direito constitucional comparado e particular brasileiro)*, p. 17. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

15. FERREIRA, Pinto. Verbete "Imunidade parlamentar", *In*: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 43, p. 42-90.

Já para Fernanda Dias Menezes de Almeida são:

> (...) prerrogativas funcionais que se reconhecem aos parlamentares para garantir-lhes, diante dos demais poderes e particulares, a independência imprescindível ao cumprimento do mandato representativo.[16]

Por fim, Alexandre de Moraes as considera "*prerrogativas, em face do direito comum, outorgadas pela Constituição aos membros do Congresso, para que estes possam ter um bom desempenho das suas funções*".[17]

As imunidades parlamentares têm como características principais a *irrenunciabilidade* e a *intransferibilidade*.

A primeira decorre de sua dimensão de *garantia funcional da legislatura* – e, em última análise, da própria *democracia representativa*. Via de consequência, a própria natureza jurídica das imunidades parlamentares impõe seu caráter *irrenunciável* pelo detentor do mandato legislativo.

A segunda, por sua vez, circunscreve a titularidade das imunidades parlamentares àquele que se encontrar no efetivo exercício da representação política, sendo *intransferíveis* a terceiros (parlamentares afastados; suplentes de parlamentares; assessores etc.).[18]

A doutrina tradicional divide as *imunidades parlamentares* em duas vertentes: a *material* (ou *inviolabilidade*) e a *formal* (ou *processual*).[19]

A primeira está consagrada no art. 53, *caput* da Constituição da República, impondo a inviolabilidade civil e penal do congressista por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. A segunda resta regulada nos §§ 2.º a 5.º do sobredito dispositivo constitucional.

---

16. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Imunidades parlamentares*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1982, p. 61.
17. MORAES, Alexandre de. Imunidades parlamentares, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 21. São Paulo: Ed. RT. jan./mar. 1998.
18. SPROESSER, Andyara Klopstock. *As imunidades parlamentares no direito constitucional brasileiro*, p. 114 e ss. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002.
19. Conforme já explicitado, como o objeto do presente estudo é a vertente *processual penal* das imunidades parlamentares, adotar-se-á a expressão *imunidade prisional* para designar a proibição de prisão (exceto flagrante de crime inafiançável) e o termo *imunidade processual stricto sensu* para referir à causa de suspensão do processo criminal por deliberação do Poder Legislativo.

Conforme salienta Paulo Brossard, a chamada imunidade parlamentar *formal* (ou *processual*) possui as características da *relatividade* e *transitoriedade*.

A primeira decorre da *disponibilidade* exercida pela Casa Legislativa à qual pertence o acusado, que pode: (i) optar por relaxar ou não a prisão em flagrante por crime inafiançável; e/ou (ii) sustar ou não o processo criminal, enquanto durar o mandato parlamentar. A segunda, por sua vez, limita a eficácia jurídica da proteção à duração do mandato parlamentar, permitindo-se a persecução penal do congressista tão logo tal mandato se encerre.[20]

Com relação à *imunidade material* (*inviolabilidade*) consagrou-se no STF o entendimento de que ela é *relativa*, porquanto condicionada às hipóteses específicas nas quais haja *nexo de implicação recíproca* entre as declarações moralmente ofensivas, de um lado, e a prática inerente ao ofício congressional, de outro.

Vale dizer: a inviolabilidade pressupõe relação de *conexão* das manifestações do parlamentar com o desempenho da função legislativa (prática *in officio*), ou que elas tenham sido proferidas em razão dela (prática *propter officium*).[21]

Num primeiro olhar pode parecer sedutora a ideia de se estender tal interpretação do STF à vertente *processual penal* das imunidades parlamentares. Não obstante, há pelo menos duas razões relevantes para se rechaçar essa ideia.

A primeira é que as imunidades parlamentares *prisional* e *processual stricto sensu* – ao assegurarem a *presença física* do congressista no âmbito espacial (*locus*) onde ele desempenha suas funções – também visam a resguardar a *composição* e o *quórum* do Parlamento, preservando o delicado equilíbrio de forças políticas antagônicas e a representação partidária proporcional nas Mesas e Comissões temáticas (CR, art. 58, § 1.º).

A segunda é que como infelizmente em regra inexiste prazo máximo de duração da prisão processual no País, a imposição dessa coação ao congressista poderá ter efeito prático de *cassação do mandato legislativo* outorgado pela vontade popular – *fora* das hipóteses tipificadas texto constitucional (CR, art. 55, I, II e VI) e *sem* observância do procedimento político-administrativo de atribuição do Poder Legislativo.[22]

---

20. PINTO, Paulo Brossard de Souza. *A imunidade parlamentar*. Porto Alegre: Gráficas da Livraria do Globo, 1969, p. 05.

21. STF, Pleno, INQ 2.874 AgR-DF, Rel. Min. Celso Mello, *DJe* 01.02.2013.

22. Com relação à imunidade parlamentar *material* tais problemas simplesmente não se colocam, pois é muito improvável que qualquer infração penal decorrente da mani-

Via de consequência, é preferível a interpretação de que as imunidades parlamentares *prisional e processual stricto sensu* – ao contrário da imunidade parlamentar *material* – incidem mesmo naquelas hipóteses fáticas sem *nexo de implicação recíproca* entre a conduta típica, ilícita e culpável imputada ao congressista e a prática inerente ao ofício parlamentar.

Exatamente nessa toada soa a doutrina estrangeira mais abalizada.[23]

## 4. SEGUE: ASPECTOS DOGMÁTICOS PROCESSUAIS PENAIS E POLÍTICO-CRIMINAIS

Conforme já mencionado a imunidade *prisional* do art. 53, § 2.º do texto magno protege o parlamentar de quaisquer prisões processuais penais (*em flagrante delito* por crime afiançável, *preventiva* e *temporária*), além da *prisão-pena* e da *prisão civil por dívida*.[24]

Essa imunidade não é privativa de congressistas, sendo outorgada – malgrado em menor grau – a Magistrados (LC 35/1979, art. 33, II), Advogados no exercício da função (Lei 8.906/1994, art. 7.º, § 3.º), membros do Ministério Público da União (Lei Complementar 75/1993, art. 18, II, *d*) etc.

Tal imunidade começa a incidir na data da *diplomação* do parlamentar (antes mesmo da sua posse) e perdura até o início da legislatura subsequente àquela para a qual ele foi eleito, ainda que a prisão seja por crime consumado *antes* da diplomação.

Nada impede a prolação de decisão determinando a prisão do congressista, porém o mandado judicial respectivo não poderá ser executado antes do término do sobredito ínterim.

---

festação de opinião, palavra ou voto, possa autorizar a imposição de *prisão processual* ou *prisão-pena em regime fechado* ao parlamentar, em razão da pena abstratamente cominada.

23. "*Note-se que aqui o deputado fica abrangido pela prerrogativa, mesmo quando a actividade que gerou o delito já nada tem a ver com o exercício de funções. A inviolabilidade tem um cunho de protecção pessoal muito marcado, que se alia à garantia da instituição. Enquanto a irresponsabilidade é uma garantia imediata do Parlamento, a inviolabilidade constitui um factor de protecção imediata do deputado, não obstante reflexamente resguardar a independência da Assembleia*" (GOMES, Carla Amado. *Op.* cit., p. 125). Essa autora lusitana usa a expressão *inviolabilidade* na acepção correspondente à nossa *imunidade parlamentar processual*, preferindo o termo *irresponsabilidade* para designar a vertente *material* da imunidade parlamentar.

24. Nesse sentido: MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 56.

Durante o sobredito lapso de incidência da imunidade prisional nada impede a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão (CPP, art. 319) pelo Poder Judiciário. Porém, caso essas medidas venham a ser descumpridas pelo parlamentar, elas só poderão ser agravadas ou cumuladas, jamais convertidas em prisão preventiva.

A imunidade prisional possui natureza jurídica de *regra* que não admite quaisquer exceções fora a prisão em flagrante delito por crime inafiançável, sendo insusceptível de ponderação com valores contrastantes à luz da *proporcionalidade*.

A rigor, o emprego dessa técnica da ponderação pressupõe que a imunidade parlamentar prisional tenha natureza jurídica de *princípio*, na concepção de ROBERT Alexy. Ou seja: demonstração de que ela se caracteriza por poder ser cumprida em maior ou menor grau, se consubstanciando em *mandado de otimização* – norma determinante que algo seja cumprido na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. A demarcação do âmbito das referidas possibilidades jurídicas existentes é feita pelos princípios colidentes.[25]

À toda evidência, trata-se de premissa altamente questionável, pois a norma plasmada no art. 53, § 2.º da Carta Política é norma de caráter *descritivo* que contém *determinação específica*, a qual deve ser *cumprida integralmente*: por um lado, cabe ao Estado resguardar o congressista de prisões durante seu mandato; por outro, devem os demais servidores públicos se abster de tentar prender o parlamentar, fora da hipótese excepcional.

Há quem sustente que o permissivo de persecução penal do congressista, independentemente de licença prévia (introduzido pela EC 35/2001), supostamente teria autorizado, de forma *implícita*, a decretação da sua prisão no curso do processo criminal e a execução da prisão-pena.

O fundamento para tanto seria que a norma *específica* que permite a persecução penal do congressista supostamente prevalece sobre a norma *genérica* que proíbe sua prisão desde a expedição do diploma, exceto prisão em flagrante por crime inafiançável.[26]

Não se pode concordar com essa posição.

25. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86 e ss. e p. 98 e ss.

26. SPROESSER, Andyara Klopstock. Op. cit., p. 124 e ss.

A uma, pois inexiste *conflito aparente* entre duas normas constitucionais que tratam de questões *diversas*: uma de *imunidade prisional* (proteção contra prisões processuais e prisão-pena); a outra, de *imunidade processual stricto sensu* (causa de suspensão do processo criminal). Não há que se falar em aplicação do critério da *lex specialis derogat legi generali* na hipótese vertente, portanto.

A duas, porque o art. 53 do texto magno e seus parágrafos devem ser objeto de interpretação *lógico-sistemática*. Esta leva à conclusão de que o parlamentar no exercício do mandato só pode ser submetido a *uma espécie* de prisão (flagrante por crime inafiançável), embora possa ser submetido a processo criminal independentemente de licença prévia da sua Casa legislativa.

O legislador constituinte derivado, ao abolir a exigência de licença prévia para a persecução penal do congressista, *em tese* poderia ter aproveitado esse ensejo para ampliar as hipóteses de cabimento da prisão do parlamentar (a exemplo da EC 01/1969). O fato é que ele não o fez, o que denota claramente seu intuito de *preservar a imunidade prisional*.

A três, na medida em que caso a deflagração da persecução penal, somada à ausência de suspensão do processo, fossem pretextos *suficientes* para sua prisão processual do parlamentar, forçoso concluir que a imunidade prisional restaria completamente *esvaziada*.

Prisão em flagrante delito é aquela medida cautelar de coação pessoal feita nas hipóteses autorizadoras do art. 302 do Código de Processo Penal.

Em se tratando de delito de natureza *permanente* – ou seja, cuja consumação se prolonga no tempo – o dispositivo subsequente reza o seguinte: "*Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência*".[27]

Só devem ser considerados *inafiançáveis* crimes assim abstratamente qualificados pelo legislador constituinte originário, em razão de sua natureza e gravidade (art. 5.º, XLII, XLIII e XLIV).

27. Esse dispositivo é criticado por Hélio Tornaghi, para quem devem ser diferenciados os conceitos de *flagrância do crime* e *prisão em flagrante*, pois o conceito dogmático de *crime permanente* só tem utilidade prática para fins penais *materiais* (*v.g.* início da contagem do prazo prescricional) e para a fixação da competência territorial (CPP, art. 71). De resto, o estado de flagrância só interessa ao processo penal na medida em que tenha utilidade probatória, ou seja, nas hipóteses legais autorizadoras da prisão em flagrante delito (TORNAGHI, Hélio. *Manual de processo penal (prisão e liberdade)*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. I, p. 480-481). Guardam-se reservas quanto a esse entendimento, por ter a prisão em flagrante natureza jurídica de medida cautelar de *coação pessoal*, não de *meio de investigação*.

O direito fundamental à liberdade provisória (com ou sem fiança) do acusado presumido inocente, por ser a *regra geral* no sistema constitucional de limites ao poder punitivo (CR, art. 5.º, LXVI), a toda evidência impõe a natureza *excepcional* da inafiançabilidade, que não admite interpretação extensiva nem integração analógica.[28]

A única via delegada ao legislador ordinário para ampliar o catálogo constitucional *taxativo* de crimes inafiançáveis é pela caracterização de determinado delito como *hediondo* (Lei 8.078/1990, art. 1.º).

A novel redação dada ao art. 324, IV do Estatuto Processual Penal pela Lei 12.403/2011 é a seguinte: "*Não será, igualmente, concedida fiança: (...) quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva*".

A correta exegese desse dispositivo é a de que o microssistema instituído pela Lei 12.403/2011 conferiu à fiança natureza jurídica de *medida cautelar alternativa à prisão*. Assim, o Juiz deve dar *preferência* à decretação de medidas dessa natureza em detrimento da prisão preventiva – reservada para aquelas hipóteses-limite em que não for cabível a substituição desta por quaisquer daquelas (CPP, art. 282, §§ 4.º e 6.º).[29]

Via de consequência, o fato de o Juiz entender presentes os pressupostos e fundamentos da coação cautelar extrema (*ultima ratio*) da prisão preventiva *por derivação lógica* exclui possibilidade de fiança, por se tratar de medidas que se *excluem reciprocamente*.

Essa é a *norma* a ser extraída do *texto* do art. 324, IV do Código dos Ritos Penais.

Entretanto, daí a se *inferir* que quando o legislador ordinário entender cabível prisão preventiva (CPP, art. 313) o crime automaticamente se transmuda em *inafiançável* vai *distância abissal*.

Uma coisa é a *inafiançabilidade constitucional* (abstrata, taxativa e baseada em juízo de valor do constituinte originário sobre a excepcional natureza e gravidade de catálogo restrito de infrações penais). Outra coisa completamente

28. Sobre o direito fundamental à liberdade provisória, ver: BATISTA, Weber Martins. *Liberdade provisória*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

29. BADARÓ, Gustavo. Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva: Comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal:* Prisões e suas alternativas (Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011), p. 205-297. São Paulo: Ed. RT, 2011.

diferente é *decisão judicial pela decretação da prisão preventiva* em determinado caso concreto.

A prosperar entendimento diverso se chegaria a conclusões absurdas: (i) a infração penal imputada – qualquer que fosse – automaticamente se tornaria *inafiançável* sempre que o Juiz decidisse pela prisão preventiva; (ii) o art. 53, § 2.º do texto magno deveria ser interpretado à luz do art. 324, IV da codificação processual penal (subvertendo-se completamente a hierarquia das fontes normativas); (iii) a *norma* a ser extraída do *texto* constitucional ("*os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável*") seria a seguinte: "*os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em caso de cabimento da prisão preventiva*" (*invertendo-se* o sentido da norma editada pelo constituinte originário).

Assim, há infrações penais (v.g. Lei 12.850/2013, art. 2.º, § 1.º) que, malgrado não integrem o catálogo constitucional de crimes *inafiançáveis* (CR, art. 5.º, XLII, XLIII e XLIV) – sequer por extensão (Lei 8.078/1990, art. 1.º), *em tese* comportam prisão preventiva (CPP, art. 313), desde que presentes seus pressupostos e fundamentos legais. Tais infrações penais, contudo, decerto não autorizam o afastamento da imunidade prisional.

No caso de prisão em flagrante por crime inafiançável há *duplo controle* sobre a prisão, feito pelos Poderes Judiciário e Legislativo.

Cabe ao STF – que tem competência originária para julgar parlamentares federais (CR, art. 53, § 1.º) – ou a Juiz que receba delegação de poderes para tanto realizar *audiência de custódia*, ouvindo pessoalmente o preso no prazo legal de 24 horas contadas da apresentação da comunicação do flagrante (art. 1.º da Res. 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça).[30]

Nesse ato processual o STF pode: (i) relaxar a prisão ilegal; (ii) converter a prisão em preventiva, caso estejam presentes seus pressupostos e requisitos legais e sejam inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares alternativas à prisão; (iii) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança (CPP, art. 310).[31]

30. O STF já decidiu no sentido da legitimidade da audiência de custódia, à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos (Dec. 678/1992) e do Código de Processo Penal (STF, Pleno, ADI 5.240-SP, rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 01.02.2016).

31. A imunidade parlamentar *prisional* proíbe a prisão do parlamentar que não seja *originária* de flagrante de crime inafiançável, porém nada impede que esse título originário venha a ser substituído pela prisão preventiva por decisão judicial fundamentada. Entendimento diverso conduziria à seguinte situação esdrúxula: a prisão em flagrante do congressista por crime inafiançável só duraria 24 horas, pois o STF estaria obri-

O *standard* decisório do Poder Judiciário está relacionado à *legalidade* dessa prisão (CR, art. 5.º, LXV), motivo pelo qual ela poderá ser relaxada nas seguintes hipóteses: (i) crime *afiançável*; (ii) *atipicidade* do fato que ensejou a prisão em flagrante; (iii) inexistência de situação fática que autorize prisão em flagrante (CPP, art. 302); (iv) *vício formal* do auto de prisão em flagrante; (v) ausência de comunicação do flagrante à autoridade judicial competente no prazo legal; (vi) falta de realização de audiência de custódia no prazo legal.

Substancialmente mais problemático se afigura o *standard* decisório do Poder Legislativo ao "*resolver sobre a prisão*", após receber da autoridade policial cópia do auto de prisão em flagrante no prazo legal de 24 horas (CR, art. 53, § 2.º).

À míngua de quaisquer parâmetros legislativos a esse respeito, é possível tecer algumas considerações genéricas.

A primeira é que a *imunidade prisional* enseja restrição ao princípio da igualdade de tratamento perante lei processual penal, sem distinções de qualquer natureza. Assim, o Poder Legislativo deve exercer *autocontenção* (*self-restraint*), relaxando prisões somente naquelas hipóteses *excepcionais* em que houver *razões fortíssimas* para tanto.

A segunda é que o Poder Legislativo não pode relaxar a prisão em flagrante do parlamentar com base em juízo de valor sobre sua *legalidade*. A uma, pois do contrário haveria *sobreposição* de *standards* decisórios do Legislativo e Judiciário, tornando *inútil* esse duplo controle previsto no texto magno. A duas, pois tal sobreposição poderia levar à seguinte situação esdrúxula: relaxamento pelo Legislativo de prisão em flagrante cuja legalidade já foi reconhecida pelo STF.

A terceira e última é que o *standard* decisório do Poder Legislativo deve estar relacionado a juízo de valor discricionário, de cariz eminentemente *político*, sobre a possível motivação ideológica, pessoal e/ou político-partidária da prisão em flagrante do congressista, única a autorizar o relaxamento da prisão.

Nas palavras de Hélio Tornaghi:

> (...) não se trata aqui de julgar da legalidade da prisão, mas da conveniência de mantê-la. Julgamento político e não jurídico. A câmara conserva ou relaxa a prisão levada por critérios de oportunidade.[32]

---

gado a relaxá-la mesmo na presença de todos os pressupostos e requisitos legais para sua convolação em prisão preventiva (CPP, art. 312).

32. TORNAGHI, Hélio. Op. cit., p. 452.

Noutro giro, com relação à imunidade parlamentar *processual stricto sensu*, a autorização prévia exigida pela redação original do art. 53, § 1.º da Carta Política tinha natureza jurídica de *condição específica de procedibilidade* da ação penal condenatória, à míngua da qual a peça inaugural acusatória não podia ser recebida pelo Poder Judiciário.

Com a inovação trazida à baila pela EC 35/2001 (substituição da *exigência* de autorização prévia pela *possibilidade* de suspensão do processo criminal pelo Congresso), parece razoável aduzir que houve mudança da própria natureza jurídica dessa imunidade. Nesse contexto, ora parece mais acertado falar-se em *causa de suspensão* do processo criminal, à semelhança de diversas outras (CPP, arts. 92, 93, 116, § 2.º, 149, § 2.º, 366 e 570).

A causa de suspensão em apreço não se aplica a quaisquer procedimentos administrativos e tampouco a processos judiciais de cariz extrapenal, tais como a ação civil pública (Lei 7.347/1985), a ação de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992) etc.[33]

Sobre a questão intertemporal, a possibilidade de suspensão do processo criminal fica circunscrita aos crimes consumados "*após a diplomação*", ainda que antes da posse (art. 53, § 3.º da Lei Maior). Com relação aos delitos consumados *antes* desse marco temporal, a Suprema Corte fica dispensada de comunicar à Casa respectiva, por ser *incabível* a suspensão em apreço.

O STF, ao receber denúncia ou queixa-crime contra parlamentar, comunicará à Casa respectiva. Esta última, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá sustar a tramitação do processo criminal a qualquer tempo, até a decisão definitiva (CR, art. 53, § 3.º).

Caso venha a ser apresentado tal pedido de sustação, ele deve ser apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias, contados do seu recebimento pela Mesa Diretora (CR, art. 53, § 4.º).

A deliberação colegiada pela sustação do processo criminal caracteriza causa de suspensão do prazo prescricional da pretensão estatal punitiva (CR, art. 53, § 5.º).

Questão interessante é saber se essa suspensão da prescrição pode perdurar indefinidamente, no caso de sucessivas reeleições do congressista. A resposta negativa se impõe. Como o catálogo constitucional de crimes imprescritíveis é *taxativo*, deve haver aplicação analógica do verbete sumular 415 do Superior

33. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Op. cit., p. 109.

Tribunal de Justiça: "*O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada*".

Assim que for encerrado o mandato parlamentar devem ser retomadas a marcha do processo criminal e a fluência do prazo da prescrição da pretensão estatal punitiva.[34]

A imunidade em exame não impede a investigação preliminar da infração penal e tampouco o indiciamento do parlamentar da União, feitos nos autos de inquérito policial presidido por Delegado de Polícia Federal e controlado externamente pelo Procurador-Geral da República.[35]

Tampouco há qualquer óbice à decretação de medidas cautelares de natureza *patrimonial* ou *probatória* em desfavor do congressista, autorizáveis pelo Ministro Relator do STF devido à cláusula da *reserva de jurisdição*.[36]

A questão mais problemática envolve o *standard* decisório a ser adotado pelo Poder Legislativo ao deliberar sobre a sustação do processo criminal, à míngua de critérios normativos expressos na Constituição da República e no Estatuto Processual Penal.

Para Alcino Pinto Falcão a deliberação parlamentar deve ser a mais ampla possível, abarcando todos os aspectos da persecução penal: *políticos*, de *dogmática penal*, relativos ao acervo fático-probatório amealhado nos autos, *formais* etc. Para esse autor, como inexiste proibição expressa dessa amplitude cognitiva no texto constitucional e nos regimentos internos das Casas legislativas, não haveria porque o Parlamento se autolimitar.[37]

Pontes de Miranda salienta que essa deliberação consiste na "*apreciação da conveniência pública, política e moral, do procedimento*", não ficando vinculada ao mosaico probatório carreado aos autos do processo criminal.[38]

Pedro Aleixo, por sua vez, sustenta que essa deliberação parlamentar – de inevitável cariz *discricionário* e pautada por critérios *políticos* – deve circuns-

34. ALEIXO, Pedro. Op. cit., p. 126 e ss.

35. O STF já decidiu pela impossibilidade de indiciamento do investigado com foro por prerrogativa de função pela Polícia Federal (STF, Tribunal Pleno, INQ 2.411-MT-QO, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 25.04.2008).

36. CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. *A investigação preliminar nos delitos de competência originária de tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 185 e ss.

37. FALCÃO, Alcino Pinto. Op. cit., p. 107 e ss.

38. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, t. II, p. 411.

crever a deliberação obstrutiva da persecução penal às seguintes hipóteses fáticas: (i) natureza arbitrária, direcionada ou seletiva da imputação, a sugerir motivação de perseguição pessoal ou político-partidária; (ii) natureza facciosa ou parcial do julgador; (iii) falta de condição para o regular exercício do direito de ajuizar a ação penal.

Tal autor ressalva que a *regra* deve ser a manutenção da persecução penal do congressista, tendo a sua suspensão caráter *excepcional*.[39]

Pinto Ferreira, de outro flanco, defende que o Poder Legislativo atue como um verdadeiro Tribunal, com ampla liberdade para conceder ou negar a licença. Ele sustenta que a *regra* deve ser a negação da licença, a não ser que haja motivo grave para concedê-la, por se tratar de "*meio de defesa das Câmaras contra os acidentes do caudilhismo ou da ditadura*", máxime em países latino-americanos, caracterizados por Poder Executivo hipertrofiado.[40]

Já para Hélio Tornaghi não cabe à Casa legislativa se manifestar sobre a procedência da denúncia ou queixa-crime, cabendo-lhe aferir somente a *legalidade* (aspecto formal) e a *conveniência* (aspecto político) do processo, ou seja, "*se o processo é ditado por perseguição política, pelo desejo de afastar um congressista, de calar uma voz inoportuna*".[41]

Fernanda Dias Menezes de Almeida corrobora a posição de que a *regra* deve ser a deflagração da persecução penal, a qual só deve ser obstada pelo Poder Legislativo naquelas hipóteses excepcionais de "*prisões e processos tendenciosos, arbitrários, fruto da paixão política*".[42]

Após o cotejo dessa doutrina heterogênea, é possível tecer algumas considerações genéricas.

A primeira é que a *imunidade processual stricto sensu* enseja restrição ao princípio da igualdade de tratamento perante lei processual penal, sem distinções de qualquer natureza. Assim, o Poder Legislativo deve exercer *autocontenção* (*self-restraint*), suspendendo processos criminais somente naquelas hipóteses *excepcionais* em que houver *razões fortíssimas* para tanto.

A segunda é que o Poder Legislativo não pode suspender processo criminal com base em juízo de valor sobre a presença das condições da ação penal condenatória e dos pressupostos processuais penais (CPP, art. 395). A uma,

39. ALEIXO, Pedro. Op. cit., p. 80 e ss.

40. FERREIRA, Pinto. Op. cit., p. 64 e ss.

41. TORNAGHI, Hélio. Op. cit., p. 451-452.

42. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Op. cit., p. 116-117.

pois do contrário haveria *sobreposição* de *standards* decisórios do Legislativo e Judiciário, tornando *inútil* esse controle legislativo previsto no texto magno. A duas, pois tal sobreposição poderia levar à seguinte situação esdrúxula: revisão pelo Legislativo sobre decisão de admissibilidade de denúncia ou queixa-crime já proferida pelo STF.

A terceira e última é que o *standard* decisório do Poder Legislativo deve estar relacionado a juízo de valor discricionário, de cariz eminentemente *político*, sobre a possível motivação ideológica, pessoal e/ou político-partidária da persecução penal em juízo do congressista, única a autorizar a suspensão do processo criminal.

De toda sorte, a deliberação do Parlamento quanto à suspensão ou não do processo criminal se afigura extremamente problemática, por motivos variegados.

O primeiro é o risco de tal deliberação acarretar juízo de valor sobre o próprio *mérito* da imputação criminal formulada, ensejando erosão da presunção de inocência em decorrência da condenação antecipada do congressista.

O segundo é a percepção, por parte da sociedade e dos meios de comunicação de massa, da deliberação em tela como espécie de *julgamento político sobre a culpa do acusado*, violando-se o monopólio da jurisdição criminal pelo Poder Judiciário.

O terceiro é o entrechoque de forças políticas antagônicas que caracteriza o Parlamento levar a uma deliberação *subjetiva* e *tendenciosa*, norteada por critérios *políticos* – contaminados vícios que infelizmente permanecem na cultura brasileira (*amiguismo*, *clientelismo*, *coleguismo*, *corporativismo*, *fisiologismo*, *protecionismo* etc.)

Por fim, como nosso sistema político permite quantidade ilimitada de reeleições para cargos proporcionais, a suspensão do processo pode perdurar indefinidamente, tornando impossível o exercício do poder punitivo estatal.

Não se desconhece corrente doutrinária que advoga a restrição, *de lege ferenda*, da vertente processual penal das imunidades parlamentares, com base em argumentos relacionados à sua obsolescência no contexto das democracias modernas, nas quais desapareceram os riscos de ingerências arbitrárias e indevidas no Legislativo, por parte dos demais Poderes.[43]

43. PIOVESAN, Flávia Cristina; GONÇALVES, Guilherme Figueiredo Leite. A imunidade parlamentar no Estado Democrático de Direito *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 42. São Paulo, jan./mar. 2003, p. 190-206.

Na Europa Ocidental, de fato já se pode divisar certa tendência legislativa à *limitação* ou *supressão* da vertente em apreço, a qual foi reconhecida por relatório da Comissão Europeia para Democracia pelo Direito (*Comissão de Veneza*), vinculada ao Conselho da Europa.[44]

Por exemplo: em França – País cujo constitucionalismo serviu de principal inspiração para a regulação das imunidades parlamentares entre nós – a *Loi Constitutionnelle* 95-880, de 04.08.1995, reformou a Constituição para permitir a decretação de medidas cautelares (*v.g.* busca e apreensão; interceptação de comunicações telefônicas etc.) e a persecução penal em desfavor do congressista.[45]

Não obstante, é possível contrapor breves argumentos a essa corrente restritiva.

O primeiro é que a sobredita vertente processual penal das imunidades parlamentares é parte indissociável da tradição do constitucionalismo europeu continental, com o qual o Direito Constitucional brasileiro sabidamente guarda maior grau de afinidade cultural, além de não conflitar com nenhum ordenamento jurídico internacional ou de Direitos Humanos.[46]

Outro ponto importante é que a jovem democracia brasileira talvez ainda não tenha atingido grau suficiente de desenvolvimento e estabilidade para tornar desnecessária a vertente em digressão, máxime considerando haver permanências de *autoritarismo* solidamente arraigadas nas práticas e procedimentos cotidianos (*Law in action*) do sistema de administração da justiça criminal.[47]

Nesse contexto histórico-político, devem ser guardadas reservas quanto a quaisquer propostas de reforma constitucional que almejem a *supressão* pura e simples da dimensão processual penal das imunidades parlamentares.[48]

---

44. COUNCIL OF EUROPE. EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION). *Report on the scope and lifting of parliamentary immunities*, May 14th, 2014, § 125. Disponível em: [www.venice.coe.int]. Acesso em 30. abr. 2016.
45. HARDT, Sasha. Op. cit., p. 283-284.
46. COUNCIL OF EUROPE. EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION). Op. cit., §§ 145 e 151.
47. PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (orgs.). *Autoritarismo e processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
48. "*At the same time, the Venice Commission recognizes that not all democratic systems always function like this, and that there might still in some countries be a pressing need of the protection offered by rules on parliamentary inviolability against misuse of the legal*

De toda sorte, quanto à imunidade parlamentar *prisional* cumpre enunciar que o poder constituinte derivado deve observar ao menos um *limite*: a atual extensão da imunidade análoga outorgada a Magistrados (Lei Complementar 35/79, art. 33, II), Advogados (Lei 8.906/1994, art. 7.º, § 3.º) e membros do Ministério Público da União (LC 75/1993, art. 18, II, *d*), pois não faz sentido que congressistas no exercício do mandato gozem de proteção mais débil do que profissionais dessas carreiras jurídicas.

## 5. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, é lícito sintetizar as principais ideias contidas no bojo do presente estudo.

As imunidades parlamentares buscaram inspiração no constitucionalismo francês, mais especificamente das ideias políticas da Ilustração, fato que levou à sua consagração na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

A vertente processual penal das sobreditas imunidades é parte integrante da tradição do constitucionalismo brasileiro desde a Carta imperial de 1824, desdobrando-se em duas esferas de proteção distintas: (i) *imunidade prisional*: impossibilidade de prisão do congressista no exercício do mandato, exceto em caso de flagrante de crime inafiançável; (ii) *imunidade processual* stricto sensu: exigência de licença prévia do Poder Legislativo para a persecução penal do parlamentar, a qual veio a ser substituída pela possibilidade de suspensão do processo criminal por deliberação legislativa (EC 35/2001).

As imunidades parlamentares – malgrado acarretem restrição ao princípio da igualdade perante a lei processual penal, sem distinção de qualquer natureza – encontram fundamentação axiológica em interesses públicos relevantes e indisponíveis relativos à tutela da *autonomia* e *independência* do Poder Legislativo e, em última análise, da própria *democracia representativa*.

---

*system. In some countries that are still in transition towards real democracy, or where democracy is still relatively new and fragile, there are experiences with cases in which the police or prosecutorial powers have been used to discredit, punish or destroy political opponents, including members of parliament. Nor is it always the case that in every state the judicial power can be trusted to act independently and not be unduly influenced by the executive. Members of parliament, and especially of the opposition, may, in some countries, be vulnerable to political harassment in the form of unfounded legal allegations, in a way that ordinary citizens are not*" (COUNCIL OF EUROPE. EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION). Op. cit., § 154).

Sua natureza jurídica é de *garantias funcionais* ínsitas ao mandato eletivo e às atividades e funções que lhe são inerentes, assegurando condições de atuação *aguerrida* e *independente* aos congressistas, ao protegê-los de prisões e persecuções penais de cariz *arbitrário* e *injusto* – porquanto motivadas por questões de natureza ideológica, pessoal e/ou político-partidária.

As imunidades parlamentares *prisional e processual stricto sensu* incidem mesmo naquelas hipóteses fáticas sem *nexo de implicação recíproca* entre a conduta típica, ilícita e culpável imputada ao congressista e a prática inerente ao ofício parlamentar.

A precitada imunidade *prisional* protege o parlamentar de quaisquer prisões processuais penais (*em flagrante delito* por crime afiançável, *preventiva* e *temporária*), além da *prisão-pena* e da *prisão civil por dívida*.

O art. 53, § 2.º do texto magno possui natureza jurídica de *regra* que não admite quaisquer exceções (fora a prisão em flagrante delito por crime inafiançável), sendo insusceptível de ponderação com valores contrastantes, à luz da *proporcionalidade*.

Só podem ser considerados *inafiançáveis*, para fins de afastamento da imunidade prisional, os crimes assim abstratamente qualificados pelo legislador constituinte originário, em razão de sua natureza e gravidade (CR, art. 5.º, XLII, XLIII e XLIV). Como a liberdade provisória é *direito fundamental* do acusado presumido inocente (CR, art. 5.º, LXVI), a inafiançabilidade possui natureza *excepcional*, não comportando interpretação extensiva nem integração analógica.

Embora não se possa emitir juízo de valor conclusivo a respeito, ao que tudo indica o STF cometeu equívoco ao decretar prisão processual de Senador da República nos autos da MC 4.039.

Isso por duas razões principais: (i) o crime investigado (Lei 12.850/13, art. 2.º, § 1.º) é de natureza *afiançável*; (ii) a imunidade prisional – por possuir natureza jurídica de *regra* (e não de *princípio*) – é insusceptível de sofrer relativização ou ponderação com valores contrastantes, à luz da *proporcionalidade*.

Por outro flanco, com a EC 35/2001 a imunidade parlamentar *processual stricto sensu* deixou de ser *condição específica de procedibilidade* da ação penal condenatória, passando a ostentar natureza jurídica de *causa de suspensão* do processo criminal.

O grande problema dessa causa suspensiva é a falta de *standards* decisórios a serem adotados pelo Poder Legislativo, à míngua de critérios normativos expressos na Constituição da República e no Estatuto Processual Penal.

Nesse contexto, devem ser observados os seguintes parâmetros: (i) o Poder Legislativo deve exercer *autocontenção* (*self-restraint*), suspendendo o processo criminal somente nas hipóteses *excepcionais* em que houver *razões fortíssimas* para tanto; (ii) a deliberação respectiva não pode emitir juízo de valor sobre a presença das condições da ação penal condenatória e dos pressupostos processuais penais (CPP, art. 395), pois do contrário haveria *sobreposição* de standards decisórios do Legislativo e Judiciário, ensejando situação esdrúxula (revisão pelo Legislativo sobre decisão de admissibilidade de denúncia ou queixa-crime já proferida pelo STF); e (iii) a sobredita deliberação envolve juízo de valor discricionário, de caráter *político*, sobre possível motivação ideológica, pessoal e/ou político-partidária da persecução penal, única a autorizar a suspensão do processo criminal.

Nada obstante corrente político-criminal que advoga a supressão ou restrição da vertente processual penal das imunidades parlamentares no Velho Continente, tal movimento abolicionista/restritivo deve ser visto com as seguintes reservas: (i) a vertente em apreço é parte indissociável da tradição do constitucionalismo europeu continental e brasileiro; (ii) o caráter jovem e imaturo da democracia brasileira torna necessária a manutenção da vertente em digressão, devido às permanências de *autoritarismo* solidamente arraigadas nas práticas e procedimentos cotidianos (*Law in action*) do sistema de administração da justiça criminal.

## 6. BIBLIOGRAFIA

ALEIXO, Pedro. *Imunidades parlamentares*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Imunidades parlamentares*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1982.

BADARÓ, Gustavo. Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva: Comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal:* Prisões e suas alternativas (Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011). São Paulo: Ed. RT, 2011.

BATISTA, Weber Martins. *Liberdade provisória*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 10. ed. Brasília: Editora OAB, 2008.

CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. *A investigação preliminar nos delitos de competência originária de tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

COUNCIL OF EUROPE. EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION). *Report on the scope and lifting of parliamentary immunities*, May 14th, 2014. Disponível em: [www.venice.coe.int]. Acesso em 30 abr. 2016.

FALCÃO, Alcino Pinto. *Da imunidade parlamentar (Informe de direito constitucional comparado e particular brasileiro)*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

FERREIRA, Pinto. Verbete "Imunidade parlamentar". In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. Vol. 3.

GOMES, Carla Amado. *As imunidades parlamentares no direito português*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

HARDT, Sasha. *Parliamentary immunity:* A comprehensive study of the systems of parliamentary immunity in the United Kingdom, France, and the Netherlands in a European context. Cambridge: Intersentia, 2013.

MORAES, Alexandre de. Imunidades parlamentares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 21. São Paulo: Ed. RT. p. 45-64. jan./mar. 1998.

PINTO, Paulo Brossard de Souza. *A imunidade parlamentar*. Porto Alegre: Gráficas da Livraria do Globo, 1969.

PIOVESAN, Flávia Cristina; GONÇALVES, Guilherme Figueiredo Leite. A imunidade parlamentar no Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* n. 42. São Paulo: Ed. RT. p. 190-206. jan./mar. 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. t. II.

PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (orgs.). *Autoritarismo e processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. A fiança criminal e a Constituição Federal. *Justitia*. n. 53 São Paulo. p. 28-39. jul./set. 1991.

SPROESSER, Andyara Klopstock. *As imunidades parlamentares no direito constitucional brasileiro*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002.

TORNAGHI, Hélio. *Manual de processo penal (prisão e liberdade)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. vol. I.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A imunidade parlamentar no Estado Democrático de Direito, de Flávia Piovesan e Guilherme Figueiredo Leite Gonçalves – *RDCI* 42/190 – 206 – *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 4/183 - 202 (DTR\2003\50);
- Imunidades parlamentares, de Alexandre de Moraes – *RT* 742/81 - 101 (DTR\1997\336); e
- Perda e suspensão de direitos políticos. Perda e suspensão de mandato eletivo. Inviolabilidade de vereador e parlamentar. Imunidade processual, de Pedro dos Santos Barcelos – *RDCI* 4/166 - 180 (DTR\1993\323).

85928

# A colaboração por meio do acordo de Leniência e seus impactos junto ao Processo Penal Brasileiro – Um estudo a partir da "Operação Lava Jato"

## *Collaboration by means of a Leniency Agreement and its impact on the Brazilian Criminal Procedure – A study that stemmed from "Lava Jato Operation"*

**Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Morais**

Pós-doutora em Direito Público pela Università degli studi di Roma TRE (bolista CAPES), Doutora em direito processual pela PUC Minas. Mestre em direito processual pela PUC Minas. Pesquisadora de Produtividade do CNPq. Professora de Direito Processual Penal da PUC Minas e da UFOP. Advogada em Consultoria Jurídica.
barros.flaviane@gmail.com

**Daniela Villani Bonaccorsi**

Doutora em direito processual pela PUC Minas. Mestre em direito processual pela PUC Minas. Professora de Direito Penal da PUC Minas. Advogada em Consultoria Jurídica.
danielavb@hotmail.com

**Área do Direito:** Processual

**Resumo:** Trata-se de artigo que desenvolve a temática do acordo de leniência e sua utilização como um meio eficiente de colaboração de empresas para esclarecimentos de condutas antiéticas e de compliance criminal. O artigo analisa a legislação brasileira e seus diversos tipos de acordos de leniência, para fazer um paralelo com os impactos de tais acordos nos processos penais. Assim, busca-se analisar como a colaboração da empresa pode impactar nas investigações e processos dos sócios, administradores e empregados da empresa colaboradora. Para analisar o tema, desenvolve estudo de caso, a partir da análise dos

**Abstract:** This article addresses the Leniency Agreement and its use as an efficient collaboration tool that companies can have to clarify unethical behavior and cases related to criminal compliance. We analyzed the Brazilian legislation and the different types of Leniency Agreements in order to understand their impact in criminal cases. We then verified how companies' collaboration can have an impact on the investigation and lawsuits related to partners, managers and employees of the collaborating company. In order to do that a case study was developed based on the analysis of the Leniency Agreements that have

acordos de leniência já concretizados e divulgados ao público peal denominada "Operação Lava Jato". Tomando como base a compreensão do processo como garantia, o artigo conclui demonstrando as inconsistências da legislação brasileira de colaboração que impedem que os acordos sejam efetivados com segurança jurídica e garantias mínimas, e do espaço de discricionariedade imposto em determinados acordos, que extrapolam os limites definidos na legislação pertinente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acordo de Leniência - Processo penal - Colaboração - *Compliance* criminal.

already been implemented and made public in "Lava Jato Operation". Taking into account the understanding of this process as a guarantee, we concluded by demonstrating the inconsistencies of the Brazilian collaboration legislation that prevent these agreements from being implemented with legal security and the minimum guarantees, The discretionary scope imposed to some agreements also go beyond the limits set by the relevant legislation.

**KEYWORDS:** Leniency Agreement - Criminal Procedure - Collaboration - Criminal compliance.

SUMÁRIO: 1. Introdução: A nova criminalidade, processo penal e *criminal compliance* - 2. Sua origem e sua aplicação no "combate a corrupção" - 3. Acordo de leniência e Operação Lava Jato - 4. Análises conclusivas sobre o cenário brasileiro da Leniência - 4. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO: A NOVA CRIMINALIDADE, PROCESSO PENAL E *CRIMINAL COMPLIANCE*

O direito penal contemporâneo[1] passa por inúmeras modificações. Do caráter retributivo do crime, imputável a partir de um mal causado, de um possível dano a direito juridicamente protegido, após um fato praticado e devidamente previsto, típico, passa-se a falar de um direito penal premial e até preventivo.

A modernização financeira repercute em movimentação de valores clandestinos, transações via internet, fraudes nos sistemas fiscais. Dando lugar à apa-

1. A criminalidade moderna "contemporânea" transcende os direitos individuais universais, não é o corpo, a vida, a liberdade, a honra, o patrimônio das pessoas, como falava o direito penal clássico, mas a capacidade funcional do mercado de subsídios, por exemplo, no caso das fraudes em subsídios; a saúde pública no caso de falsificação de produtos farmacêuticos; a capacidade funcional das bolsas. Esses são os bens da criminalidade moderna e do direito penal moderno "contemporâneo" (HASSEMER, 1993b, p. 89).

rição de crimes ligados ao interesse eminentemente capitalista,[2] e até do perfil de um novo criminoso. Passa-se a vislumbrar uma delinquência relacionada a interesses financeiros, uma "criminalidade dos poderosos", a macrocriminalidade.[3] Com o progresso ao lado da delinquência dolosa tradicional, verifica-se à adoção de novas técnicas, novos tipos e nova normatização, inclusive do abuso da influência em meios públicos, a partir da corrupção.[4]

O avanço tecnológico nas movimentações financeiras, repercutiram na dificuldade de persecução e imputação penal. O Estado não consegue acompanhar movimentações financeiras, ocultações e dissimulações de valores, nem tampouco possui conhecimento suficiente para regulá-las adequadamente. A incapacidade do Estado de alcançar uma regulação direta desse âmbito, faz com que se recorra a um "novo polo do espectro regulatório": a autorregulação e prevenção.[5]

A ideia de *compliance* parte desse ponto, da utilização da "prevenção" para crimes de natureza econômica. Essa exigência de transparência, conformidade à lei, atendimento às exigências legais que veio a se chamar "*compliance* criminal".

2. Por "crime econômico e financeiro" entende-se, de um modo geral, toda a forma de crime não violento que tem como consequência uma perda financeira. Este crime engloba uma vasta gama de actividades ilegais, como a fraude, a evasão fiscal e o branqueamento de capitais. É, no entanto, mais difícil definir a noção de "crime econômico" e o seu conceito exacto continua a ser um desafio. A tarefa complicou-se ainda mais devido aos avanços rápidos das tecnologias, que proporcionam novos meios de perpetuar os crimes desta natureza (TAILÂNDIA, 2005).
3. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal.* Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 2002, p. 80.
4. Por isso, justamente em meio a essa expansão econômica é que se acompanhou o surgimento de inúmeras legislações extravagantes dessa natureza, como os delitos contra a ordem econômica (arts. 4.º e 5.º da Lei 8.137/1990 e arts. 1.º e 2.º da Lei 8.176/1991); delitos contra o sistema financeiro (arts. 2.º ao 23 da Lei 7.492/1986 e art. 10 da Lei Complementar 105/2001 e arts. 359-A a art. 359-H do Código Penal (sistema financeiro público); delitos de lavagem/branqueamento de dinheiro (Lei 9.613/1998); delitos contra o mercado de capitais: (arts. 27-C, 27-D e 27-E da Lei 6.385/76); delitos contra a ordem tributária: (arts. 1.º ao 3.º da Lei 8.137/1990 e art. 334 do Código Penal); delitos contra a Previdência Social: (arts. 168-A e 337-A do Código Penal); delitos Societários (art. 177 do Código Penal); delitos contra a economia popular (arts. 2.º a 4.º da Lei 1.521/1951); delitos contra o enriquecimento ilícito (art. 9.º da Lei 8.429/1992); delitos contra a relação de consumo (arts. 63 ao 76 da Lei 8.078/1990).
5. MONTANER FERNÁNDEZ, 2013, p. 46 e 70.

A abrangência dos programas de *compliance* alcança diferentes esferas da atividade empresarial. Vai dos códigos de prevenção em matéria ambiental ou em defesa do consumidor a um arsenal de medidas preventivas de comportamentos delitivos referentes ao branqueamento de capitais, lavagem de dinheiro, atos de corrupção, marcos regulatórios do exercício de atividades laborais etc.[6]

O *criminal compliance* é entendido como forma de se criar meios para detectar condutas delitivas, de se desenvolver uma cultura para incentivo de condutas éticas tendentes a cumprir compromissos com o direito, adotando procedimentos padronizados propagados aos funcionários da empresa e formas de prevenção à lavagem de dinheiro.[7]

A tipificação do delito de lavagem de dinheiro, defendida e proposta desde a Convenção de Viena, foi fundamental para a ideia de *compliance*, pois, gerou inúmeras medidas de prevenção e controle, que abrangiam o dinheiro oriundo exclusivamente do narcotráfico. As legislações que utilizavam o crime de tráfico de entorpecentes como crime precedente vieram a se denominar legislação de primeira geração. Diante da necessidade de tratamento diverso para delitos tidos como graves, e da utilização de outras técnicas, aparecem as leis de lavagem de dinheiro de segunda geração, que passaram a contemplar um rol de crimes precedentes. Já a legislação tida como de terceira geração desvincula o crime de lavagem de dinheiro a crime anterior específico, estabelecendo a lavagem de dinheiro como a ocultação/dissimulação sem qualquer delito específico.[8]

Assim, percebe-se que a incriminação da conduta de lavagem de dinheiro foi um movimento de inúmeros países aderidos aos GAFI, passando a tipificar de forma autônoma a conduta e a buscar formas preventivas.

Foi com sua alteração a partir da Lei 12.684/2012 que se passou a prever um rol de pessoas obrigadas a informar ao Coaf ou ao órgão competente, toda atividade que gere grande movimentação de valores, ou que, principalmente, não possuam valores pré-fixados, podendo gerar superfaturamentos. A alteração foi justificada como forma de incorporar recomendações internacionais

6. ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 99v.
7. SHECAIRA; ANDRADE, 2011, p. 2.
8. BONACCORSI, Daniela. *A atipicidade do crime de lavagem de dinheiro*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2013.

acerca do tema e fortalecer o controle administrativo de setores visados para reciclagem de capitais.

No processo de lavagem de dinheiro, buscando-se "ocultar" ou "dissimular" a origem ilícita de dinheiro, bem ou valor, para dar aparência de proveniência lícita. Por isso, o Coaf – Controle de Atividades Financeiras – é o mecanismo de controle criado pela referida lei, exigindo a transparência e a manutenção de dados atualizados dos titulares de contas, e, inclusive, que seja informada no caso de movimentação suspeita de seus clientes.

Assim, a lei de lavagem de dinheiro, ao especificar determinadas pessoas obrigadas a informar seus cliente, operações e manutenção de registro, demarca uma nova noção de *compliance* no Brasil. Essa prevenção, com as obrigações expressas e tentativa de evitar a prática de lavagem de dinheiro traz uma ideia do *criminal compliance*.

As condutas dessa nova criminalidade para serem investigadas e processadas prescindiam também de novas formas e fórmulas. E, nesse caso, o processo penal aproximou, até pela origem da legislação de lavagem de dinheiro à politica internacional de combate ao tráfico de drogas, das medidas excepcionais de investigação e busca de provas. Logo, novas formas de investigação para além da interceptação telefônica, e novas formas de colaboração, como a delação premiada forma incluídas nas legislações processuais penais e usadas como meios eficientes não somente para investigar organizações criminosas vinculadas a traficância, mas outros tipos de crimes que envolviam a lavagem de dinheiro.

Desde os anos 60, Bettiol tecera comentários que davam destaque a um direito penal premial[9] diante de institutos clássicos incidentais como a pena, como a suspensão da pena, perdão, anistia. Já nos anos 90, Sanchez ao tratar do expansionismo e mudanças nas funções do direito penal da globalização, menciona a delação e o instituto como a verdadeira barganha.[10]

O direito penal e o processo penal no âmbito dos crimes econômicos e do novo perfil criminógeno foi se encaminhando para uma aproximação com a luta contra o narcotráfico, depois com a luta contra o terror para agora se apoiar em uma luta contra a corrupção. Para viabilizar esse fim político se

9. BETTIOL, 1966, p. 948.

10. SANCHEZ, 2001.

apoiou em um processo penal contaminado pelo emergencialismo penal,[11] voltado para uma resposta imediata e cautelar, vinculada a prisões processuais e outras fórmulas invasivas de investigação e por outro lado, em um direito premial, que usa a colaboração como possibilidade de esclarecimento efetivo. No Brasil, desde a Lei 8.072/1990 já se falava da delação premiada, porém, sendo que a Lei 11.850/2013 disciplinou o instituto de forma "expressa" como "perdão judicial", podendo o juiz diminuir a pena ou até conceder perdão havendo colaboração efetiva e voluntária para a investigação.

De outro lado, o combate à corrupção no Brasil não se voltou exclusivamente a uma legislação penal punitiva dirigida às pessoas físicas que atuaram dolosamente em condutas de corrupção, lavagem de dinheiro e crimes econômicos, mas também por meio de uma legislação não criminal, que pune a pessoa jurídica no âmbito administrativo e cível com pesadas sanções e também com possibilidades de aplicação de um direito premial. Assim, a colaboração no âmbito criminal com delação premiada também terá um paralelo da esfera administrativa e cível que analisa a responsabilidade objetiva da empresa por meio do acordo de leniência.

A ideia básica de leniência foi inserida no Brasil a partir da Lei 10.149/2000 (anterior Medida Provisória 2055/2000) e reformulada na Lei 12.529/211 expressando que o Conselho de Atividade e Desenvolvimento Econômico (Cade) poderá celebrar Acordo de Leniência, com a extinção da ação ou redução de pena para pessoas que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo.

O acordo de leniência segue, em determinada medida, uma tendência internacional que tem no direito norte-americano seus resultados mais expressivos no sentido de controle e punição de empresas antiéticas e o combate à carterização.

## 2. SUA ORIGEM E SUA APLICAÇÃO NO "COMBATE A CORRUPÇÃO"

Dentro do contexto pré-definido por Silva Sánchez (2001) quando do estudo da expansão do Direito Penal, a defesa da concorrência e o combate aos cartéis tornaram-se prioridades para a comunidade internacional, sendo os pro-

11. BARROS, Flaviane de Magalhães. O inimigo no processo penal: uma análise a partir da relação entre direito e política. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, F.D.A. (Orgs.). *Entre o direito e política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

gramas de leniência difundidos como poderosas ferramentas de identificação prematura de violações, de modo a possibilitar a redução do potencial prejuízo dos investidores, preservação da integridade dos mercados e possibilidade de punição dos agentes pela Justiça de modo mais rápido e efetivo.

Durante a década de 1970, a partir de inúmeras investigações promovidas por parte da *U.S. Securities and Exchange Commission* (SEC) passou-se a exigir a informação de pagamentos questionáveis realizados por diversas empresas americanas a funcionários públicos, políticos ou partidos políticos de nações estrangeiras. A lei anticorrupção americana, a *Foreign Corrupt Pratice Act* (FCPA) surgiu em decorrência do escândalo político de Watergate na década de 70 que foi, sem dúvida, o maior caso de corrupção política e um marco nas sociedades democráticas.

Em 1972, homens vestindo terno e gravata, usando luvas cirúrgicas e carregando milhares de dólares nos bolsos foram surpreendidos arrombando o escritório do Comitê Nacional do *Partido Democrata*, localizado no edifício Watergate, em Washington, capital dos *Estados Unidos*.[12] Nas semanas seguintes, foi descoberto que o nome de um dos homens detidos constava da folha de pagamento do comitê de reeleição de Nixon.[13] As matérias jornalísticas revelaram que Nixon fez um "caixa dois" de campanha, ou seja, fundos com dinheiro não declarado, para financiar operações de espionagem aos democratas.[14]

Por meio da quebra de sigilo das conversas particulares de Nixon, a Comissão de Justiça concluiu que o Presidente sabia do plano das escutas eletrônicas e que havia tentado usar de sua influência para barrar as investigações sobre Watergate. Com isso, as autoridades acusaram Richard Nixon de tentativa de obstrução à Justiça, abuso de poder e desacato de ordens judiciais.

Em agosto de 1974, Richard Nixon renunciou ao cargo de presidente, tendo sido o primeiro e único presidente americano a fazê-lo.[15] Em setembro do mesmo ano, o vice-presidente Gerald Ford, que tomou posse após a renúncia de Nixon, concedeu anistia, conforme emitido no "*Proclamation 4311*", perdoando-o de todos os crimes que ele possa ter cometido contra os Estados Unidos durante o período que foi presidente.

12. STONE, Roger; COLAPIETRO, Mike. *Nixon's Secret*: The rise, fall, and untold truth about the president, Watergate, and the pardon. 2014.
13. AMBROSE, 1990.
14. BERNSTEIN; WOODWARD, 1974.
15. CONRAD, Black. *Richard M. Nixon*: A Life in Full. New York, 2007.

Desse contexto foi que Jimmy Carter em 1977 sancionou o *Foreign Corrupt Pratice Act* (FCPA)[16] com o objetivo de evitar o pagamento, a oferta ou promessa de pagamento de qualquer valor a funcionários públicos, candidatos a cargos políticos ou partidos políticos estrangeiros.[17]

Após o advento da FCPA, aparece o *Leniency* ou *Amnesty Program* difundidos como poderosas ferramentas para atuação anticorrupção. Já em 1978, a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos instituiu o *Leniency* ou *Amnesty Program*. O seu objetivo era, então, a concessão de anistia ao primeiro membro que se propusesse a fornecer informações e a delatar a existência de cartéis às autoridades antitruste, dentro da lógica do instituto conhecido como *whistleblowing*.[18]

Inicialmente, a política de leniência americana não produziu os efeitos desejados pelo Departamento de Justiça, tendo este recebido, em média, uma proposta por ano, sem ter sequer investigado nenhum caso de cartel internacional até 1993. Essa afirmação se justifica porque a concessão não era automática, dependia da discricionariedade do *Department of Justice* (DOJ) e a pouca atratividade do programa, em termos de quantificação da redução das sanções aplicadas às companhias que se delatavam e pela impossibilidade de celebra-

16. O FCPA prevê medidas preventivas e repressivas. As penalidades podem ser de natureza civil (multas e proibição de contratar com a administração pública) ou penal (prisão de executivos e funcionários).

17. SEITZINGER. *Foreign Corrupt Practices Act, Congressional Interest and Executive Enforcement* (PDF). CRS Report to U.S. Congress. Congressional Research Service, February, 2012.

18. A expressão de origem inglesa é definida por Ragués i Vallès como "La expresión se utiliza para hacer referencia a quienes denuncian um determinado hecho ilícito, según suele afirmarse, por analogia con los antigos policías ingleses, que haciam sohar su silbato cuando advertian la presencia de um posible delincuente." (RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing*: una aproximación desde el derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 19). Sobre a ampla aplicação do instituto nos Estados Unidos: "Pusuant to the Sarbanes-Oxley Act of 2002 and the Dodd-Frank Act of 2010, the Securities and Exchange Commission (SEC) administers the retaliation for reporting illegal activity. The SEC is authorized to provide monetary awards (10-30%) to whistleblowers who provide information that the SEC did not already possess and that leads to a judgment of US$1.000.000,00 or more in penalties. Whistleblowers may submit information anonymously, but to receive the award, an attorney must submit the information on the whistleblower's behalf." (ROSENBERG, Hillary; KAUFMANN, Adam S.; PLOCHOCKI, Tara J. *The U.S. Foreign Corrupt Practices Act:* eradicating corruption in U.S. and non-U.S. companies. vol. 947. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 410).

ção de acordos no curso de investigações. A falta de segurança jurídica aos possíveis denunciantes justificou o seu pouco uso e sua aplicabilidade inicial.

O programa original foi significativamente revisto em 1993, com a formulação da *Corporate Leniency Policy*, sendo ampliados o seu escopo e os incentivos para que a companhias se denunciassem e cooperassem com a Divisão Antitruste. Dentre as alterações, destaca-se a concessão automática de imunidade, desde que inexistisse investigação em curso ao tempo da denúncia ou, existindo, desde que os órgãos competentes não tivessem evidências suficientes para a acusação. Além disso, o benefício passou a ser garantido automaticamente para todos os administradores, diretores e empregados que cooperassem para as investigações.

Em 1994, o governo americano instituiu o Individual *Leniency Program*, destinado a pessoas físicas que se apresentassem às autoridades independentemente de delação realizada por empresas, de modo a assegurá-las imunidade automaticamente se o ilícito denunciado não fosse conhecido e desde que admitissem que o praticaram, comprometendo-se a cooperar, sem que tenham dado início ao cartel e nele tenham exercido papel de liderança ou que tenham coagido outros a concorrerem.

As mencionadas alterações impactaram profundamente os resultados do programa: até 2002, o número de adesões havia aumentado cerca de dez vezes, chegando a aproximadamente uma por mês e, em 2003, três por mês. Em termos de valores de multas aplicados, entre 1998 e 2002 totalizavam mais de US$1,5 bilhões, na maioria dos casos em que foram estabelecidas multas em valor superior a US$ 10 milhões figuraram como acusadas empresas estrangeiras. Além disso, um número sem precedentes de cartéis foram detectados, sendo os envolvidos processados, com imposição de severas multas e prisões de executivos de diversos países nos Estados Unidos (penas de, em média, dezoito meses). Por fim, mais de 50% dos acordos celebrados resultaram de delações espontâneas ocorridas antes da abertura de investigações; na maioria dos casos em que foram estabelecidas multas de US$ 10 milhões ou mais figuraram como acusadas empresas estrangeiras. Para Scott D. Hammond (2008), então Diretor da Divisão Antitruste, o sucesso do programa decorreria de três fatores: "stiff potential penalties, high detection rates, and transparent enforcement policies".

Já no cenário brasileiro os institutos da leniência concorrencial e da leniência na lei anticorrupção são distintos, embora tratem da mesma regra de benefício de pena pela colaboração. Apesar daquela prevista na lei anticorrupção não trazer reflexos diretamente penais, como no caso anticoncorrencial, acaba por constituir um critério preventivo que pressupõe uma autodenúncia

e a confissão para autoridades competentes havendo, inclusive, consequências jurídicas no âmbito cível e criminal.

A Lei brasileira da livre concorrência (Lei 12.529/2013), defini no art. 86 benefícios no âmbito administrativo civil, como a extinção da ação punitiva da Administração Pública em favor do infrator se essa tiver sido anterior ao conhecimento da infração pela Superintendência-geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). E quando a infração já for conhecida pelo Cade, pode o acordo permitir a redução da penas aplicáveis pelo procedimento administrativo.

E no âmbito penal define benefícios quando no art. 87 prevê que nos crimes tipificados na Lei 8.137/1990, Lei 8.666/1993 e no delito de formação de quadrilha a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento de denúncia com relação às pessoas físicas beneficiárias da leniência, extinguindo-se a punibilidade com o cumprimento do acordo.

Já a Lei 12.846/2013 que foi chamada Lei anticorrupção se direciona a outros tipos de condutas, relacionadas a atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, que atente, contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.[19]

---

19. "Art. 5.º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:
I – prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;
II – comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;
III – comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;
IV – no tocante a licitações e contratos:
*a)* frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
*b)* impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
*c)* afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
*d)* fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

Percebe-se que vários atos lesivos, no âmbito desta lei, também constituem crimes previstos em leis penais específicas, como crimes contra processos licitatórios ou corrupção passiva ou ativa, mas na lei anticorrupção, a responsabilização administrativa e judiciária é da pessoa jurídica que tira proveito da situação de corrupção. O âmbito de responsabilização é diferente do criminal, já que se trata de responsabilidade objetiva. É por essa razão que os programas de integridade que se constroem com base em sistemas de prevenção externos aos órgãos controladores e fiscalizadores, organizados no interior da política de governança da pessoa jurídica permite que denunciantes, quer sejam sócios, diretores, funcionários de qualquer nível, terceirizados, colaboradores, fornecedores, parceiros, possam verificando atos antiéticos noticiar junto aos canais internos da empresa. Assim, a empresa avaliará e decidirá pela efetivação de autodenúncia, que no caso, da Lei anticorrupção se concretiza por meio do acordo de Leniência.

A colaboração no âmbito da Lei Anticorrupção tem impactos apenas administrativos e judiciais, sendo que parcela relevante dos dispositivos da referida lei foram modificados pela Medida Provisória 703 de 2015, que em razão de todo o cenário político e econômico da atual crise institucional acabou perdendo sua validade, sem ser submetida a votação pelo Congresso. O Congresso, por meio de decreto legislativo disciplinará as situações ocorridas no período de vigência da Medida Provisória que caducou.

A temática do acordo de leniência da Lei anticorrupção é a parte mais controvertida da referida lei, em especial, pelos impactos que tal disciplinamento poderia ensejar na Operação Lava Jato.

Os pontos mais relevantes para compreender a problemática estruturada a partir da nova lei, podem ser melhor esclarecidos se comparar com a Leniência prevista pela Lei da livre concorrência. Na primeira são claros os impactos

*e)* criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

*f)* obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

*g)* manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V – dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional."

junto aos processos penais relacionados a crimes vinculados a prática anticoncorrencial, como os crimes definidos na Lei de licitação, dos crimes contra a ordem tributária, os crimes econômicos e contra as relações de consumo e, por fim, o crime de organização criminosa. Todas as condutas quando vinculadas aos fatos autodenunciados não serão objeto de denúncia penal, de modo que a leniência impede o inicio do processo penal contra os denunciantes pessoas-físicas ligadas à empresa colaboradora. Já a Lei anticorrupção não prevê nenhuma consequência premial vinculada a limitação do processo penal.

Na leniência anticoncorrencial esse benefício penal se dá ao primeiro denunciante que delata condutas desconhecidas pelo CADE, já os demais denunciantes que são identificados em consequência da primeira leniência, se auxiliarem no esclarecimento de novos fatos, terão os benefícios administrativos e cíveis por meio de Termo de Cessação de Conduta ou o Acordo de Leniência Plus, como redução de multa e outras sanções, mas não os penais.

Na Lei anticorrupção, durante o período da MP 703/2015, podia ser efetivado acordo de leniência para denunciantes que não são os primeiros a noticiarem a situação de corrupção, já no texto atualmente original e que retomou sua vigência em 30 de maio de 2016, somente aquela empresa que primeiro manifesta interesse em colaborar é que pode ser beneficiada em acordo (*marker system*).

Em ambas as legislações de leniência, o acordo não firmado não gera confissão e os documentos e elementos de informação apresentados devem ser devolvidos à empresa, de modo que garanta que, nesse caso, a empresa não se autoincrimine e as tratativas preliminares se mantenham em sigilo.

Por fim, vale ressaltar que a crítica mais contundente que se deve fazer à leniência anticorrupção é a ausência de uma definição clara de qual órgão é o responsável para firmar o acordo e quais devem anuir e homologar o acordo. A MP 703 era um pouco mais clara, pois indicava a CGU como responsável por celebrar o acordo, prevendo a anuência da AGU e do MPF como condição para que os efeitos do acordo impactem o processo civil de responsabilização e permitindo a análise do TCU[20] sobre a adequação do valor da reparação do dano ao erário público. A atual situação, após a perda da eficácia da MP, demonstra ainda mais a insegurança jurídica que a Lei anticorrupção, que não foi pensada

20. O STF manifestou em liminar no Mandado de Segurança impetrado pela CGU, MS 34.031-DF, que os dados sobre os acordos somente serão encaminhados ao TCU após a sua conclusão e assinaturas das partes.

para o cenário de alta complexidade do nível de corrupção verificados no Brasil, em especial, a partir da investigação da Operação Lava Jato.

## 3. Acordo de leniência e Operação Lava Jato

Falar de acordo de leniência e Operação "Lava Jato" no momento atual somente é possível, em certa medida, fazê-lo de forma pontual já que a proximidade com os fatos e as possíveis consequências jurídicas ainda não estão totalmente estabilizadas, seja para acusados em processo penal, seja para empresas submetidas ao procedimento administrativo de responsabilização ou processadas judicialmente na esfera civil, nos termos da lei anticorrupção.

Logo, a análise que se faz nesse artigo delimita-se à discussão do problema nos seguintes termos: acordos de leniência em fatos relacionados à corrupção nas empresas podem impactar o processo penal daqueles que foram identificados como agente dos atos de corrupção reconhecidos na leniência? Quais os limites e possibilidades do acordo quanto a sua extensão de efeitos penais?

Vale ressaltar que o cenário construído a partir da investigação policial em colaboração do Ministério Público Federal no Brasil aprofundada a partir de 2014, que foi denominada genericamente de "Lava Jato", apresenta-se bem diferente do ideal desenvolvido e construído pela Lei anticorrupção (Lei 12.529/2013). No cenário ideal desenvolvido legislativamente pressupõem-se a existência de mecanismos de integridade eficientes existentes da empresa, por meio de programa de integridade que, utilizando-se de investigações internas, apura atos de corrupção dentre membros da sua administração ou colaboradores (empregados, terceirizados, fornecedores, compradores), pune-se internamente e declara junto aos órgãos de controle o fato corrupto objetivando reduzir multa, evitar aplicação de sanções acessórias no âmbito administrativo e impedir processos judiciais de responsabilização.

Essa situação ideal está muito distante da forma como foram feitos os acordos de leniência vinculados à Lava Jato, já que no caso analisado acordos foram efetivados após investigações e denúncias de crimes de corrupção e conexos. Em alguns casos, a atuação no processo penal imputou condutas a toda a direção da empresa e seus sócios administradores, sendo que parte relevante dos investigados foram submetidos a prisão preventiva ou medidas cautelares diversas da prisão. Nesses processos penais foram utilizados meios excepcionais de investigação criminal definidos a partir da Lei de Organização Criminosa, como a colaboração por meio de Delação Premiada e outras medidas como gravação ambiental, agente infiltrado.

O presente artigo não tem como desenvolver aspectos sobre a licitude do uso dos referidos meios excepcionais e cautelares, para obter provas por meio de colaboração premiadas no âmbito criminal. Se as delações se apresentavam como um único caminho viável para o restabelecimento imediato da liberdade de locomoção do delator, pode-se evidenciar que no âmbito dos acordos de leniência há também certas formas de coação para que os acordos sejam efetivados.

Segundo manifestação do MPF em suas páginas na internet,[21] tais acordos de leniência geram benefícios ao interesse público, já que permite esclarecer novas condutas e obter provas sobre os demais agentes envolvidos.

No âmbito do Cade, e em colaboração com o MPF, duas empresas fizeram acordos de leniência. A primeira esclareceu fatos relacionados à organização de empresas para fraudar licitações de obras da Petrobras relativas à montagem industrial *onshore*, em especial a organização do "Clube das 9" e depois o "Clube das 16", além do denominado "Clube Vip". Ofertou documentos, planilhas e dados relacionados a ressarcimento de gastos de seus executivos para participar das reuniões do referido clube. A empresa denunciante obteve os benefícios previstos no art. 86, § 4º da Lei 12.529/2011 e nove pessoas físicas, entre dirigentes, administradores e funcionários da empresa denunciante, obtiveram benefícios disciplinados no art. 87, também da referida lei. Ou seja, como foi a primeira empresa a esclarecer fatos investigados, sendo que ao tempo da propositura do acordo o CADE[22] não tinha informações e provas suficiente para punir a proponente, como ela confessou as condutas, comprometeu-se a cessar os atos e cooperar com as investigações fornecendo informações e documentos sobre as ações noticiadas e confessadas, obteve os maiores benefícios que a colaboração prevê, sejam eles administrativos ou penais.

O segundo acordo efetivado pelo Cade,[23] com anuência do MPF, foi com outra empresa já identificada pela primeira denunciante. Em verdade, essa segunda empresa fez dois acordos. Um primeiro denominado Acordo de Leniência Plus, termo usado a partir do disposto no art. 87, § 7.º da Lei 12.529/2011. A referida norma permite que uma empresa, mesmo identificada em um acordo

21. Disponível em: [http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/combate-a-corrupcao/lava-jato-forca-tarefa-do-mpf-e-cade-celebram-acordo-de-leniencia-com-camargo-correa]. Acesso em: 20 mai. 2016.

22. Ver histórico da conduta no site oficial do Cade. Disponível em: [www.cade.gov.br]. Acesso em: 20 mai. 2016.

23. Idem.

de leniência anterior, efetivado por outra empresa denunciante, se apresente perante a Superintendência Geral do Cade e, além de reconhecer o fato já denunciado, colabora para esclarecer outra infração que não era de conhecimento do órgão fiscalizador. As novas condutas esclarecidas por essa empresa não estavam relacionadas a obras junto à Petrobras, mas sim junto ao setor energético. A empresa e dois ex-funcionários reconhecem a atuação anticompetitiva nas obras de montagem eletromecânica na "usina Angra 3" junto à Eletrobrás Termonuclear S.A. – Eletronuclear. A empresa comprometeu a aprimorar os mecanismos internos de cessar com a conduta e colaborar com as investigações. O acordo beneficiou a empresa signatária, que pagou valor de 700 milhões no acordo, e permitiu que outros funcionários das empresas não fossem incriminados e também os dois ex-executivos. No caso do acordo de Leniência plus, a segunda empresa teve os benefícios definidos no art. 86, § 4.º, I, que reconhece o fim do procedimento administrativo sobre a conduta anticompetitiva relacionada ao setor energético.

No segundo acordo da mesma empresa, relacionado a condutas anticompetitivas junto a obras de Petrobrás, ela que esclareceu outros fatos ainda não plenamente conhecidos pela Superintendência-Geral do Cade, relacionados ao denominado Clube Vip. No referido caso, não se tratou de um acordo de leniência, pois essa modalidade de colaboração só é aplicável à primeira empresa denunciante. No referido caso foi feito um Termo de Cessação de Conduta (TCC), previsto no art. 85 da Lei 12.529/2011. A grande diferença do Acordo de Leniência é justamente que os signatários do Termo que estão sendo investigados criminalmente não recebem qualquer benefício penal. No caso analisado, dois dos três ex-executivos da empresa que estão sendo processados criminalmente fizeram acordo de delação premiada, obtiveram benefícios consideráveis em termos de redução de pena, se comparados ao ex-executivo que se recusou a fazer o acordo de delação premiada e também não participou das tratativas com o Cade.

No que se refere à atuação da Controladoria Geral da União,[24] ela informa que instaurou diversas investigações sobre a condutas lesivas conhecidas a partir da Operação Lava Jato, mas que as tratativas de acordo de leniência estão ainda em fase de negociação, período que segundo disciplina a Lei 12.846/2013 elas se mantêm sigilosas. No que se referem aos acordos da CGU

24. Após o afastamento da Presidente Dilma Rousseff por decisão do Senado Federal, a CGU teve seu nome mudado pela reforma ministerial realizada pelo Presidente interino, Michel Temer, para Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle.

com base na Lei anticorrupção o atual cenário é absolutamente complexo,[25] como ressaltou-se no item anterior em razão da perda de validade da Medida Provisória 703/2015. Com o fim da validade da MP 703 em 29 de maio de 2016, não há mais na lei anticorrupção a possibilidade de pactuação de mais de um acordo de leniência para a mesma conduta lesiva. A redação original da Lei 12.846/2013, no art. 16, § 1.º, I, estabelecia e volta a vigorar prevendo como requisito para a Leniência ser o primeiro a se candidatar a noticiar o fato (*marker system*).

Considera-se que para manter o mínimo de segurança jurídica quanto aos atos celebrados ou às tratativas iniciadas no período de vigência da Medida Provisória deve-se respeitar o disposto na referida medida. Logo, todos que sigilosamente e de boa-fé estão efetivando as tratativas junto à CGU, devem continuar tendo direito de faze-la sem a nova disciplina do *marker system* Aguarda-se que o Congresso regulamente essa situação por meio de decreto legislativo, mas sempre será possível que essa questão chegue ao poder judiciário, em especial, por meio de mandado de segurança.

Afora os acordos efetivados com o Cade, as tratativas em andamento com a CGU, o Ministério Público Federal autonomamente tem firmado acordo de Leniência com algumas das empresas investigadas na Operação Lava Jato. Sendo que tais acordos, inclusive homologados pelo Poder Judiciário, na Vara Criminal responsável pelo julgamento da Operação Lava Jato.

Em um dos acordos efetivados pelo MPF, firmado em 22.10.2014,[26] com seis empresas de um grupo econômico, que posteriormente assinou o acordo com o Cade, já analisado acima, com a anuência do MPF, as partes acordaram em pagar 15 milhões de reais, sendo 50% para a Petróleo Brasileiro S.A. e 50% para o Fundo Penitenciário Nacional. O acordo possui uma cláusula de êxito, que é o abatimento de 1 milhão de reais da multa para cada 10 milhões que forem apreendidos, sequestrados ou perdidos em favor da União decorrentes exclusivamente da atuação dos signatários em esclarecer fatos, condutas e pessoas. O MPF se compromete a levar este acordo ao SG/Cade e à CGU incluindo os signatários sistema de *marker* (para proteger a sua posição na "fila" para o acordo) e participar das tratativas com tais órgãos, além de se comprometer a

25. Ver entrevista disponível em: [www.cgu.gov.br/noticias/2015/03/ministro-valdir-simao-concede-entrevista-sobre-leniencia-no-ambito-da-operacao-lava-jato]. Acesso em: 20.05.2016.

26. Disponível em: [http://s.conjur.com.br/dl/17dez-leniencia.pdf]. Acesso em: 20 mai. 2016.

não ingressar com nenhuma ação cível contra as controladoras, bem como ação criminal em face dos dirigentes, acionistas e prepostos signatários do acordo.

## 4. ANÁLISES CONCLUSIVAS SOBRE O CENÁRIO BRASILEIRO DA LENIÊNCIA

Com base no estudo parcial do caso aqui efetivado da Operação Lava Jato, que possui suas limitações temporais, já que ainda não se trata de processo concluído, pretende-se uma análise das implicações no processo penal dos acordos de Leniência, buscando conclusões provisórias para a questão, nos limites formulados durante esse estudo.

Crê-se que a primeira questão que se pode concluir é pela ausência de coerência normativa entre legislações que deveriam ser harmônicas, existem tratamentos normativos distintos para as condutas anticompetitivas de cartel e as questões da corrupção. Mesmo que, em termos penais, a formação de cartel é o modo usado para se fraudar licitações e a corrupção é o meio de viabilizar tais fraudes, no âmbito dos órgãos de controle e fiscalização, tais condutas têm tratamentos distintos. No atual cenário, com a perda de eficácia da MP 703/2015 considera-se que um aprimoramento legislativo necessário é a aproximação das soluções de leniência no âmbito do Cade e da Lei anticorrupção. Em especial, incluir impactos penais ao acordo de leniência da Lei anticorrupção como meio eficiente não só para o esclarecimento e identificação de condutas lesivas, mas objetivando maior eficiência para o ressarcimento dos danos ao erário público, analisando a questão pelo enfoque da Administração Pública, e objetivando a mudança da cultura e da governança da empresa, sua manutenção no mercado e a possibilidade de evitar sanções acessórias que importem em proibição de contratos com o Poder Público.

Nesse sentido, merece sim discutir se acordos de leniência devem ser feitos apenas com o primeiro colaborador que esclarece as condutas ou se outras empresas já identificadas podem sim fazer acordos, mesmo que com benefícios menores, como já ocorre na Lei 12.529/2011, em que o acordo dos segundos é denominado Termo de Cessação de conduta. O próprio Ministério Público Federal em Nota Técnica relativa à MP 703,[27] já sustenta a possibilidade de que mais empresas possam fazer acordo de leniência em atos de corrupção, quando essas esclarecem fatos ainda não conhecidos ou provados. Entendem

27. Ver: [www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NotaTecnica5CCRMP703analisedoparecer-PauloTeixeira.pdf]. Acesso em: 20 mai. 2016.

que apenas na situação de cartel, deve-se dar o benefício apenas ao primeiro denunciante.

Por fim, verifica-se a necessidade de estabelecer, de forma clara e precisa, o necessário diálogo institucional quando uma determinada conduta corruptiva está em concurso material com outras condutas contrárias à lei de licitações e contra a ordem econômica. A MP 703/2015, mantendo a competência de cada órgão fiscalizador previa a possibilidade de acordos conjuntos. Não se pode estabelecer esferas absolutamente autônomas de acordos quando as condutas têm implicações em diversos âmbitos de fiscalização pois podem se tornar verdadeiro, além de correr risco de inviabilizar economicamente o cumprimento dos valores acordados a título de multa ou ressarcimento.

A análise dos acordos feitos no âmbito da Lava Jato demonstram que não há clareza ou segurança jurídica para efetivação de acordo. A decisão do próprio Ministério Público Federal de realizar autonomamente termos de Leniência partem de interpretações elásticas que exigem do intérprete um forte grau de discricionariedade e subjetivismo. Verifica-se que o denominado termo de leniência se transveste de delação premiada, no âmbito penal, pois senão como justificar a cláusula de acordo em que o MPF se compromete a não denunciar os prepostos, dirigentes ou acionistas das empresas colaboradoras, se tal possibilidade não esta amparada na Lei anticorrupção, e esta fora do âmbito da Lei da Livre concorrência?

A elasticidade das tratativas feitas pelo MPF tem pontos muito controversos, vale aqui ressaltar dois: (i) a destinação de valores acordados, parte não se dirige à Petrobras S.A, mas sim ao Fundo Penitenciário, logo não se trata de reparação do dano, que poderia ser objeto de ação cível nos termos do art. 21 da Lei anticorrupção, mas sim de multa, como modalidade de sanção penal, e logo, fora do âmbito das atribuições do Ministério Público; e (ii) a cláusula de êxito que possibilita a redução dos valores que as empresas colaboradoras devem pagar se por meio dos fatos esclarecidos por elas for possível apreender, sequestrar ou perder bens em favor da União Federal, não tem previsão legal em nenhuma norma jurídica brasileira que trata de leniência.

Criou-se portanto um cenário em que a colaboração premial, seja no âmbito penal por meio da delação ou no âmbito cível/administrativo é tratada de forma subjetiva, com benefícios e prêmios que não estão apenas fixados e garantidos pela Lei, mas que são tratados de forma discricionária, chegando a pontos de subjetivismo, pois são usados inclusive como trunfos para que, nos termos de um jogo (elementos de teoria dos jogos são claros e evidentes), os demais investigados também sejam coibidos a fazer acordos. A confusão entre acordo de leniência e delação premiada, conjugado com prisões preventivas

por longos períodos de investigados ou denunciados retira um elemento essencial ao acordo, que é a boa fé objetiva, a autonomia da vontade e a livre escolha dos colaboradores, já que os limites legais estabelecidos para a base do acordo não são respeitados e ampliam-se exigências e criam-se condicionantes outras, a partir da vontade da autoridade que assina o acordo.

A título final de exemplo de como tais acordos extrapolam ao previsto na própria Lei anticorrupção, ela prevê a publicação da decisão condenatória no âmbito do Procedimento Administrativo de Responsabilização, art. 6.º, no seu § 5.º, mas não há previsão de pedido público de desculpas ou assunção pública de culpa, como o ocorrido em um termo de leniência homologado no âmbito do processo criminal junto ao juízo competente para julga-lo em primeira instância. No referido caso, além de pedir desculpas ao povo brasileiro, a empresa apresenta elogios à condução dos trabalhos da Lava Jato pela equipe do MPF, Juízes e demais instâncias do Poder Judiciário.[28]

O excesso de esferas de poder e de órgãos que atuam de forma sobreposta na questão do controle e punição de atos corruptivos gera insegurança jurídica para as empresas, riscos de *bis in idem*, pela imposição de múltiplas sanções em esferas diferentes. Mas pode, também, ser sintoma de impunidade, pois o controle de muitos pode gerar um espaço em que ninguém controla, a princípio invisível, mas que estará claro na análise de riscos do mercado.

Se comparar com a história da legislação americana de leniência, o atual cenário brasileiro de grande discricionariedade dos órgãos de controle e falta de segurança jurídica, tem iguais justificativas para demonstrar a ineficiência de programas de leniência.

Portanto, se a Operação Lava Jato for analisada com um estudo de caso, mesmo que ainda falte muitas peças do quebra-cabeça para serem esclarecidas e que ainda existem muitos espaços para judicialização de questões sobre a validade dos acordos de leniência, é claro que a legislação anticorrupção precisa ser aprimorada de forma urgente. Sendo que a nossa Constituição impõe limites à questão, já que não será permitido lançar mão de nova medida provisória dessa legislatura, para disciplinar a matéria. Enquanto se espera uma nova regulamentação, o Brasil continuará tendo uma legislação pouco eficiente, com diversos pontos controvertidos, sem segurança jurídica e com muito ativismo pragmático antinormativo.

28. Disponível em: [http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-05/andrade-gutierrez-publica-pedido-de-desculpas-ao-povo-brasileiro]. Acesso em: 30 mai. 2016.

## 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O inimigo no processo penal: uma análise a partir da relação entre direito e política. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, F.D.A. (Orgs.). *Entre o direito e política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BONACCORSI, Daniela. *A atipicidade do crime de lavagem de dinheiro*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2013.

CONRAD, Black. *Richard M. Nixon*: A Life in Full. New York, 2007.

FIRST ANNUAL REPORT TO THE CONGRESS ON UNITED STATES FOREIGN POLICY FOR THE 1970's. Disponível em: [www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=2835&st=nixon&st1]. Acesso em: 19 jun. 2015.

SEITZINGER. *Foreign Corrupt Practices Act, Congressional Interest and Executive Enforcement* (PDF). CRS Report to U.S. Congress. Congressional Research Service, February, 2012.

STONE, Roger; COLAPIETRO, Mike. *Nixon's Secret*: The rise, fall, and untold truth about the president, Watergate, and the pardon. 2014.

HAMMOND, Scott D. *Frequently asked questions regarding the antitrust division's leniency program and model leniency letters*. Disponível em: [www.justice.gov/atr/frequently-asked-questions-regarding-antitrust-divisions-leniency-program]. DOJ, 2008.

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

ROSENBERG, Hillary; KAUFMANN, Adam S.; PLOCHOCKI, Tara J. *The U.S. Foreign Corrupt Practices Act:* eradicating corruption in U.S. and non-U.S. companies. vol. 947. São Paulo: Ed. RT, p. 399 e ss., 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 2001.

SPAGNOLO, Giancarlo. *Leniency and whistleblowers in antitruste*. Rome: Consip, 2005.

THE WATERGATE SCANDAL. Disponível em: [www.washingtonpost.com/wp-srv/politics/special/watergate/timeline.html]. Acesso em 19 jun. 2015.

WATERGATE: THE SCANDAL THAT BROUGHT DOWN RICHARD NIXON. Disponível em: [http://watergate.info]. Acesso em 22 jun. 2015.

WATERGATE SCANDAL. Disponível em: [www.history.com/topics/watergate]. Acesso em: 22 jun. 2015.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- O acordo de leniência na Lei anticorrupção, de Renato de Mello Jorge Silveira – *RT* 947/157-177 (DTR\2014\9948); e
- Processo e procedimentos da responsabilização das pessoas jurídicas sob a égide da Lei Anticorrupção – Lei 12.846/2013 – correlacionada às inovações do novo CPC – Lei 13.105/2015, de Fábio Junior de Oliveira e Romina Diana Flores Choque – *RT* 96/203-222 (DTR\2016\4814).

859 x 9

# Novos paradigmas da prisão preventiva: um claro retrocesso

*New paradigms of pretrial detention: a clear setback*

**Flávio Mirza**

Doutor em Direito pela UGF. Professor-Adjunto de Processo Penal da UERJ. Advogado.
flaviomirza@gmail.com

**Área do Direito:** Penal

**Resumo:** Estudo sobre a prisão preventiva e seus novos paradigmas, abrangendo aspectos processuais penais (históricos, conceituais, de natureza jurídica, fundamentação político-legislativa e dogmática) e as violações decorrentes.

**Palavras-chave:** Processo penal – Prisão preventiva – Paradigmas.

**Abstract:** This paper addresses pretrial detention and its new paradigms, taking into account its criminal procedural aspects (historical, conceptual, and those of a legal nature, as well as its legislative, political and dogmatic foundation).

**Keywords:** Criminal procedure – Pretrial detention – Paradigms.

Sumário: 1. Considerações Introdutórias – 2. Processo Penal e Prisão – 3. Prisão: espécies e subespécies – 4. Prisão Preventiva: paradigma atual – 5. O "novo" paradigma da Prisão Preventiva e suas violações – 5.1. (segue): violação à Presunção de Inocência – 5.2. (segue): violação à estrita legalidade processual – 6. Conclusão – 7. Bibliografia.

## 1. Considerações Introdutórias

O papel da mídia na vida social é cada vez maior. E, não raro, finda por ditar pautas e entendimentos, influenciando, inclusive o Judiciário.[1] Nesse contex-

1. Patrícia Perrone, em entrevista ao ConJur, afirma que diversos fatores, extrínsecos ao processo, inclusive a opinião pública, influenciam as decisões do STF. Disponível em:

to, é lícito afirmar que a percepção social sobre a criminalidade está contaminada pelos meios de comunicação.[2]

Com efeito, o espetáculo midiático em que se transformaram as recentes operações da Polícia Federal ("Zelotes", "Acrônimo", "Lava Jato" etc.) e os respectivos processos penais delas derivados, trouxeram à tona a discussão de variegadas questões em matéria penal (de Direito Penal, Processual Penal e de Criminologia). Tais transbordaram o meio jurídico e abarcaram diversos setores da sociedade.

O bombardeio diário de notícias ruins (sobre corrupção, impunidade etc.) gera a sensação de que estamos num mar de lama, para dizer o mínimo, causando enorme desilusão. A instigação da mídia faz aflorar posturas apaixonadas, não raro de vindita, incompatíveis com a serenidade que deve merecer a condução dos casos penais. A cobertura assemelha-se a uma novela e é acompanhada com avidez pelo povo que sempre quer saber "quem será o próximo corrupto" a ser preso. Ignora-se, solenemente, que se o processo já encerra uma hipótese, que dizer da fase investigativa (o inquérito policial). Nesta quadra, nem sequer há a imputação de um crime. Mas, os julgamentos pelos meios de comunicação são feitos. E suas consequências são nefastas para os jurisdicionados.

Neste contexto, afloram "soluções mágicas" que, posto que de forte apelo popular, sacrificam, no altar de uma suposta efetividade da persecução penal, direitos e garantias fundamentais duramente conquistados.[3] Tais conduzem, inexoravelmente, à ruptura dos ritos constitucionais que devem permear o processo penal.[4]

---

[www.conjur.com.br/2016-jan-17/entrevista-patricia-campos-mello-professora-direito-uerj]. Acesso em: 16 mai. 2016.

2. A influência dos veículos de comunicação não passou despercebida por Barbosa Moreira, *in verbis*: "*Os veículos da comunicação – rádio, cinema, televisão, internet – são, em boa medida, veículos de padronização.*" Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Direito em Tempos de Globalização. In:___. *Temas de Direito Processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 275-285. Na seara penal, tal padronização assumiu postura punitivista e irracional.

3. A propósito, veja-se COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

4. Como bem salientou João Mendes de Almeida Júnior: "O processo criminal tem seus princípios, suas regras, suas leis fundamentalmente consagradas nas constituições políticas; (...)". Adiante, aduz: "*As leis de processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são as atualidades das garantias consti-*

Dentre as medidas alvitradas, para fazer com que os culpados "respondam" por seus atos de modo "eficiente", encontra-se uma "releitura" da prisão preventiva. A custódia cautelar preventiva passaria, então, a ser regida por um "novo" paradigma.[5]

O presente artigo pretende estudar a prisão preventiva, sob a perspectiva teórico-conceitual, na atualidade, e os tais "novos" paradigmas que a orientariam. Ao fim, demonstraremos o equívoco de tal guinada epistemológica.

## 2. PROCESSO PENAL E PRISÃO

O Processo Penal é, indubitavelmente, o momento em que o cidadão se depara, de maneira mais contundente, com poder do Estado-Leviatã.[6]

Obviamente, uma de suas funções é a de aplicação da lei penal (assim como o processo civil visa a aplicação da lei civil). Entretanto, penso que aplicar a lei penal é a menor delas,[7] pois sua principal função é a de servir de elemento limitador ao poder punitivo do Estado.[8] A rigor, por procurar equilibrar a

---

*tucionais*." Cf. ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. vol. 1. p. 13.

5. No julgamento do *habeas corpus* 5010758-76.2015.404.0000, realizado pela 8.ª T. do E. TRF da 4.ª Reg., em 15.04.2015, há menção à "(...) necessidade de releitura da jurisprudência até então intocada, de modo a estabelecer novos parâmetros interpretativos para a prisão preventiva, adequados às circunstâncias do caso e ao meio social contemporâneo aos fatos."

6. Em sentido semelhante, *Klaus Tiedemann* aduz que: "Para a maioria dos cidadãos, o processo penal representa a confrontação mais intensa com o poder soberano estatal que existe." Cf. TIEDEMANN, Klaus. O Direito Processual Penal. In:____. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007. cap. 5. p. 145-176.

7. Em sentido contrário, José Maria Asencio Mellado sustenta que "(...) la función esencial del proceso penal no es otra que la actuación de ius puniendi del Estado mediante la aplicación del derecho objetivo a los casos de naturaleza penal que hayan de ser enjuiciados." Cf. MELLADO, José María Asencio. *Derecho Procesal Penal*. 2. ed. Valença: Tirant lo Blanch, 2003. p. 26.

8. Em sentido semelhante é a lição de Afrânio Silva Jardim: "Sob certo aspecto, o processo penal representa mais uma forma de autolimitação do Estado do que um instrumento destinado à persecução penal." E, mais adiante, aduz: "Enquanto o Direito Penal apresenta caráter marcantemente repressivo, o Direito Processual Penal é comprometido com a questão da liberdade." Cf. JARDIM, Afrânio Silva. Bases Constitucionais para um Processo Penal Democrático. In:____. *Direito Processual Penal*. 11. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. cap. 23: p. 307-316.

necessidade de punir comportamentos delitivos (interesses coletivos, da sociedade) com as liberdades públicas (interesses pessoais), vive o processo penal constante tensão.

No conjunto de cerimônias degradantes que encerra,[9] a prisão provisória é, indubitavelmente, a mais agressiva. Com efeito, sendo a privação da liberdade de ir e vir, retira o ser humano do convívio com os seus e o estigmatiza de forma indelével.[10]

Trata-se, a toda evidência, de medida assaz drástica,[11] mas que, em algumas circunstâncias, é permitida pela grande maioria dos ordenamentos jurídicos. E, no Brasil, não haveria de ser diferente.

Entretanto, conforme mencionado alhures, não se deve perder de vista que o processo encerra uma hipótese, logo se presume inocente o acusado durante seu curso (essa deve ser uma postura metodológica e psicológica). Sendo assim, qualquer prisão precisa revestir-se de cautela, para que não se transforme em odiosa antecipação de pena. Note-se que a noção de processo como hipótese pressupõe, por óbvio, que a tese acusatória pode, ao final, não se confirmar. Diga-se de passagem, essa é a natureza das coisas em qualquer ciência. E, com o Direito, não haveria de ser diferente.

## 3. PRISÃO: ESPÉCIES E SUBESPÉCIES

O gênero prisão comporta, no Brasil, cinco espécies, a saber: *i)* prisão-pena; *ii)* prisão-civil; *iii)* prisão administrativa; *iv)* prisão disciplinar (ou militar) e *v)* prisão provisória (ou processual).[12]

---

9. Ada P. Grinover reconhece o estigma causado pela persecução penal, *in verbis*: "O processo criminal representa, por si só, um dos maiores dramas para a pessoa humana: exige um sacrifício ingente dos direitos da personalidade, espoliando o indivíduo da intimidade e, freqüentemente, da dignidade mesma." Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 69. São Paulo: Ed. RT. p.179-199.

10. A propósito, veja-se BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 183-196.

11. No mesmo sentido, é a lição de Antonio Magalhães Gomes Filho: "Dentre as cautelas penais, a mais freqüente e também de maior gravidade é, sem dúvida, a prisão; (...)" Cf. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 58.

12. Gomes Filho também faz menção às duas terminologias. Cf. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. cit., p. 59.

A prisão-pena (reclusão, detenção ou prisão simples) é estudada pelo Direito Penal. Resulta do descumprimento de preceito primário de norma penal incriminadora e representa um castigo, uma retribuição,[13] em virtude do cometimento de crime. Estuda-se, nessa seara, o caráter da pena (seus objetivos, funções etc.).

A prisão-civil, que visa a fazer cumprir um dever, vige, hodierna e tão somente, em casos que envolvam devedores de alimentos (pensão alimentícia),[14] na conformidade do preconiza do Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 7.º, § 7.º.[15]

A prisão administrativa, segundo entendimento majoritário, não foi recepcionada pela CRFB/1988.[16]

A prisão militar ou disciplinar assegura os primados da vida militar e vem prevista no texto constitucional.[17]

Por fim, a prisão provisória que tem por escopo preservar a eficácia dos processos de conhecimento e/ou de execução.

13. Não é o escopo do presente trabalho analisar a prisão-pena, mas insta salientar que me filio à corrente que não a enxerga com caráter ressocializador. Trata-se de mera retribuição/castigo. Como bem disse Tourinho Filho: "Por mais que se queira negar, a pena é castigo: (...)". Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 435.

14. O STF suprimiu a prisão do depositário infiel que admitia em vetusta jurisprudência (STF, 1.ª T., RE 253.071/GO, Rel. Min. Moreira Alves, *DJe* 29.06.2001). Atualmente, a jurisprudência do Pretório Excelso é remansosa em sentido contrário, na conformidade do que preconiza o Pacto de São José da Costa Rica (STF, Pleno, RE 466343 / SP, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJe* 05.06.2009). Tanto assim, que tal discussão está sepultada pelo advento da Súmula Vinculante 25 do E. STF.

15. Art. 7.º, 7. "Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar."

16. Antes da entrada em vigor da Lei 12.403/2011, encontrava-se, aqui e acolá, divergência doutrinária sobre o tema. A propósito, confira-se CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 557. Se mesmo antes da entrada em vigor da sobredita lei já me filiava à corrente da não recepção de tal modalidade de custódia, na atual quadra me parece impossível sustentar sua existência. No sentido do texto, veja-se PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 581.

17. Art. 5.º, inc. LXI, da CRFB/1988: "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;"

Comporta, por seu turno, três subespécies, a saber: *i)* prisão em flagrante; *ii)* prisão preventiva e *iii)* prisão temporária.

O presente artigo focar-se-á na prisão preventiva.

## 4. PRISÃO PREVENTIVA: PARADIGMA ATUAL

Há um quê de lugar comum na afirmação de que o Código de Processo Penal de 1941 remonta à ditadura do Estado Novo (de Vargas), tendo, confessada e indisfarçável, inspiração no *Codice Rocco* peninsular de 1930.[18]

Trata-se, por conseguinte, de estatuto ditatorial (e fascista)[19] que trata as garantias do acusado como formalismos estéreis a exigir sacrifício no altar da eficiência da persecução penal. Em virtude de sua gênese histórica e orientação ideológica autoritária, o Código de Processo Penal brasileiro instituiu presunção de culpabilidade como regra de tratamento do acusado que é visto/encarado como objeto da persecução penal. É, pois, coisificado.

Corolário de tal viés era mantença da prisão em flagrante, por todo o processo, pelo simples fato de sua ocorrência. Ou seja, se preso em flagrante, responderia ao processo preso. Outra evidência disso era a prisão preventiva obrigatória, para crimes com pena máxima igual ou superior a dez anos (CPP, art. 312, na redação original). Essa prisão tinha óbvia finalidade extraprocessual: a punição antecipada do acusado presumido culpado. Rematado absurdo, haja vista o Processo Penal não comtemplar a antecipação da tutela.

18. Vincenzo Manzini, um dos artífices do Código *Rocco* e representante da Escola Técnico-Jurídica, desfiando todo o seu desapreço pelos direitos e garantias fundamentais dos acusados, aduz: "Considerados, por tanto, la finalidad, el contenido y el carácter indicados, es evidente que el interés fundamental que determina el processo penal, es el de llegar a la punibilidad del culpable, o sea, el hacer realizable la pretensión punitiva del Estado (...)". E, ao depois, escreve: "Nuestro derecho procesal penal tutela el interés relativo a la libertad individual del imputado sin ninguna presunción o ficción." Cf. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Chile: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951. t. I. p. 250-256.

19. Nessa esteira, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho assim se manifesta: "Ademais, a CR de 1988 traçou, como se sabe, uma base capaz de sem muito boa vontade, enterrar grande parte do atual CPP, marcado pela concepção facista do processo penal (...)". Cf. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: Um Problema às Reformas Processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 139-147.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o sistema de administração da justiça criminal passou a assimilar valores hauridos do novo regime político democrático e do sistema internacional de Direitos Humanos, os quais têm fundamentação axiológica no princípio nuclear da dignidade da pessoa humana (CRFB/1988, art. 1.°, III).[20] Este último é o principal vetor hermenêutico da Magna Carta, proporcionando unidade de sentido ao ordenamento constitucional.[21]

Posto que seja difícil mudar a cultura de uma sociedade, e o processo é um fenômeno cultural,[22] é certo que nesse contexto histórico-social há importante mudança paradigmática: a presunção de culpabilidade é substituída pelo seu princípio antitético, a presunção de inocência (CRFB, art. 5.°, LVII).

Feitas essas considerações, é correto afirmar que a prisão preventiva vem regulamentada, primordialmente, nos arts. 311 a 316 do Código de Processo Penal.

Trata-se de prisão que, segundo doutrina e jurisprudência majoritárias, possui natureza cautelar.[23] É, pois, uma medida que procura assegurar a eficácia do processo principal (de conhecimento ou de execução).

---

20. Leonardo Greco já mencionara a importância da internacionalização dos direitos fundamentais (que unifica a dignidade da pessoa humana) como um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Cf. GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo. In:___. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 225-286.

21. Como bem salientou Larenz: "Entre os princípios ético-jurídicos, aos quais a interpretação deve orientar-se, cabe uma importância acrescida aos princípios elevados a nível constitucional. Estas são, sobretudo, os princípios e decisões valorativas que encontram expressão na parte dos direitos fundamentais da Constituição, quer dizer, a prevalência da dignidade da pessoa humana (art. 1.° da Lei Fundamental), (...)". Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito* 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 479.

22. Leciona o profesor da NYU: "Dispute processes are in large part a reflection of the culture in which they are embedded; they are not an autonomous system that is predominantly the product of insulated specialists and experts." Cf. CHASE, Oscar G. *Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context*. New York: New York University Press, 2005. p. 2.

23. Por todos, Gustavo Badaró, *in verbis*: "A prisão preventiva é a prisão cautelar por excelência." Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 971.

Deve revestir-se, haja vista sua natureza, das seguintes características: *i)* provisoriedade; *ii)* preventividade; *iii)* instrumentalidade hipotética e *iv)* acessoriedade.[24] E, exige, como pressupostos para sua decretação, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.[25]

Com efeito, é provisória porque "(...) *sua manutenção depende da persistência dos motivos que evidenciaram a urgência da medida necessária à tutela do processo*".[26] É preventiva, pois visa a prevenir dano irreparável ao processo principal. A instrumentalidade hipotética, por seu turno, advém do fato de que a tutela cautelar pode incidir, sem que o seu beneficiário tenha, ao fim do processo, reconhecido seu direito. Ou seja, pode não ganhar o bem da vida que pleiteia. E, finalmente, é acessória, pois segue a sorte do processo principal, ou seja, está sempre vinculada ao resultado do processo de conhecimento ou de execução.

A decretação da custódia preventiva, por ser medida restritiva de direitos, só deve ocorrer em casos de extrema necessidade.[27] É dizer: quando houver elementos concretos que indiquem a prática de um crime e quando a mantença do indivíduo em liberdade representar risco ao processo. Quaisquer dúvidas

---

24. No sentido do texto, confira-se JARDIM, Afrânio Silva. Visão Sistemática da Prisão Provisória no Código de Processo Penal. In:____. *Direito Processual Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. cap. 23. p. 307-316. Em sentido contrário, Badaró aduz serem características da tutela cautelar a: instrumentalidade hipotética, acessoriedade, preventividade, provisoriedade, cognição sumária, referibilidade e proporcionalidade. Cf. BADARÓ, cit., p. 938/946.

25. No sentido do texto, confira-se JARDIM, cit., p. 247. Badaró usa terminologia diversa, falando em *fumus commissi delicti* (que seria o *fumus boni iuris*) e *periculum libertatis* (que seria o *periculum in mora*). Cf. BADARÓ, Gustavo, cit., p. 971. Não é o escopo do trabalho discutir as diferenças terminológicas. Posto que não veja diferença significativa e mesmo sabedor que os autores mais modernos fazem a mesma opção de Badaró, opto pela tradicional.

26. Cf. JARDIM, cit., p. 247.

27. O princípio da necessidade, enquanto unificador da prisão provisória, é prestigiado pela melhor doutrina. Nesse sentido, Odone Sanguiné aduz que "(...) La prisión provisional está justificada por el principio de necesidad.". A seguir, salienta que a aplicação do princípio em questão à prisão provisória, deve: *i)* revestir-se de excepcionalidade, ou seja, a prisão provisória não pode converter-se em regra geral e *ii)* ser reservada a crimes graves em que haja risco de fuga. Cf. SANGUINÉ, Odone. *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 57 e 63. No mesmo sentido, TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. vol. 3. p. 183.

sobre esses elementos não autorizam a custódia – como bem salientou Gustavo Badaró, peremptoriamente, "*Na dúvida sobre os requisitos legais não se decreta a prisão.*"[28]

Note-se que, em quaisquer outras hipóteses, a prisão será ilegal.

Nessa toada, o art. 312 do CPP[29] disciplina o tema.

Com efeito, o *fumus boni iuris* consubstancia-se na prova da existência do crime e em indícios suficientes de autoria.

Mas, isso não basta.

É preciso, outrossim, que outro pressuposto esteja presente, qual seja: o *periculum in mora*. O legislador procurou delinear as hipóteses em que isso ocorreria. Assim, temos que a custódia pode ser decretada: *i)* como garantia da ordem pública; *ii)* da ordem econômica; *iii)* por conveniência da instrução criminal e *iv)* para assegurar a aplicação da lei penal.

Penso que são absolutamente ilegais as prisões decretadas como garantia da ordem pública e/ou da ordem econômica.

Em verdade, tais conceitos são absolutamente vagos e imprecisos.

O saudoso Weber Batista assim se manifestou sobre a primeira: "(...) a decretação da medida como garantia da ordem pública não tem relação direta com o processo. Em vez disso, está voltada para a proteção de interesses estranhos a ele, tem nítidos traços de medidas de segurança."[30]

Com efeito, no conceito de ordem pública encontram-se variegados enunciados que ensejariam a custódia cautelar. À guisa de exemplo, podem ser colacionados: "perigosidade do réu"; assegurar o respeito à Justiça e ao Judiciário; repercussão midiática; gravidade do delito etc. Como bem salientou Tourinho Filho, "(...) *tudo, absolutamente tudo, ajusta-se àquela expressão genérica "ordem pública".*"[31] Trata-se, a toda evidência, de um grande guarda-chuva, sem um

28. BADARÓ, Gustavo Henrique. O Ônus da Prova no *habeas corpus*: *In Dubio pro Libertate*. In: PRADO, Geraldo e MALAN, Diogo (coords.). *Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 227-251.

29. Reza o *caput* do art. 312: "A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria."

30. Cf. BATISTA, Weber. *Liberdade Provisória*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 77.

31. Cf. TOURINHO FILHO. Op. cit., p. 552.

fio condutor que confira lógica sistêmica à prisão preventiva pautada nesse requisito. Em verdade, serve mais para camuflar decisionismos[32] e antecipar a pena de acusados, sempre com fins estranhos à garantia de qualquer processo principal.

Note-se que ambas (garantia da ordem pública e da ordem econômica) são extrínsecas ao processo. E, repise-se, não se prestam a assegurar a eficácia do processo principal. Lícito concluir, portanto, que não possuem condições a ensejar a custódia cautelar.

Nessa toada, o mesmo se pode dizer da ordem econômica.[33]

Quanto à aplicação da lei penal, penso ser lícita a prisão preventiva. Procura-se evitar, p.ex., que o réu fuja.

Igualmente, a custódia justifica-se para a conveniência da instrução criminal – basta imaginar que o acusado esteja coagindo testemunhas para escapar à punição.

Relembre-se que a prisão, após a CRFB/1988, deve ser encarada como exceção, pois a liberdade é a regra.

Ferrajoli aduz que a liberdade do acusado é imperativo de sua dignidade e privilegia a paridade de armas. E que só estrita necessidade processual justifica a custódia momentânea do acusado.[34] Ao fim, declara que esse "(...) è *un costo che il sistema penale, se vuol salvaguardare la sua ragion d'essere, dev'essere disposto a pagare.*"[35]

---

32. A expressão é de Luigi Ferrajoli e opõe-se ao cognitivismo, de base garantista, pois calcada em elementos empíricos. O jusfilósofo italiano dela se utiliza para designar uma postura pautada em mera potestividade do julgador, de caráter meramente subjetivo. E, aduz: "È chiaro che questo modello potestativo anziché cognitivo di giudizio penale ha un'intrinseca natura autoritaria." Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*. 7. ed. Roma: Laterza, 2002. p. 16.
33. Em verdade, o que escreveu Weber acerca da ordem pública, vale para a ordem econômica. Na mesma toada, Eugênio Pacelli de Oliveira considera inadequado tal requisito, lamenta sua mantença no direito positivo e afirma que a prisão preventiva não amenizará a magnitude da lesão. Sustenta, por outro lado, posição da qual discordo, que caso a liberdade do acusado represente risco pela reiteração de condutas que ampliem os danos, poderá ser preso como garantia da ordem pública. Cf. PACELLI. Op. cit., p. 555/556.
34. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 570-571.
35. Idem, ibidem.

Posto que a Constituição Federal já consagrasse tal entendimento, a Lei 12.403/2011 reforçou tal desiderato.

Mas, infelizmente, ainda se prende muito no Brasil.[36]

Tal excesso de presos provisórios decorre, provavelmente, da persistência de caldo cultural de fetichização da prisão processual no inconsciente dos atores do sistema de administração da justiça criminal. Imagina-se, erroneamente, que a prisão dará uma resposta às questões criminais.

Trata-se do "culto judiciário à prisão preventiva" (na expressão do Desembargador Odone Sanguiné), que denota uso ilegítimo da prisão processual para fins simbólicos que lhe são estranhos, tais como a prestação de contas aos meios de comunicação de massa, à opinião pública etc.

Sob certo aspecto, esse cariz simbólico não deixa de consistir em compensação da morosidade no trâmite do procedimento criminal pela "pronta" e "eficaz" decretação da prisão processual, com indisfarçável finalidade punitiva de aplicação antecipada da prisão-pena.[37]

Conclui-se, pois, que grassa verdadeira banalização da prisão preventiva no Brasil.[38]

## 5. O "NOVO" PARADIGMA DA PRISÃO PREVENTIVA E SUAS VIOLAÇÕES

Primeiramente, cumpre fixar importante premissa teórica, arrimada na lição de Weber Batista. Ei-la: "Ao cuidar da prisão e liberdade cautelares, é evidente que a lei não dá ao juiz um poder discricionário, pois estabelece pressupostos para a sua decretação."[39]

36. De fato, o Brasil tem hoje a terceira maior população carcerária do mundo, com mais de meio milhão de presos, sendo que um terço desse total é composto de presos provisórios. BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*, junho de 2014. Disponível em: [www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf]. Acesso em 11 mai. 2016.

37. SANGUINÉ, Odone. Efeitos perversos da prisão cautelar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 86. São Paulo: Ed. RT. set./out. 2010. p. 289-335.

38. Tal fenômeno não é exclusivo do Brasil. Com efeito, Ferrajoli demonstra que na experiência italiana existe a mesma banalização (em verdade, o italiano fala em abuso). Eis as suas palavras: "Ho già illustrato, nel par. 38, i profili di illegittimità della carcerazione preventiva e per altro verso il suo abuso crescente nella nostra esperienza giudiziaria." Cf. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 803.

39. Cf. BATISTA, Weber Martins. *Direito penal e direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense. 1996. p. 64.

Assim, pensar em novos paradigmas à aplicação da prisão preventiva, notadamente restringindo direitos fundamentais, é, de *per si*, tarefa hercúlea (para não dizer impossível).

Entretanto, examinarei o tema.

Na conformidade do que acima explanado, forte nos ensinamentos de Oscar Chase, é difícil mudar a cultura (ditatorial). Assim, se mesmo após a CRFB/1988 e a Lei 12.403/2011 o panorama não era alvissareiro, os tempos atuais conseguiram surpreender, ainda mais, a todos.

Isso porque setores da doutrina e, principalmente, da jurisprudência[40] passaram a sustentar a necessidade de se "repensar" a prisão preventiva para "adequá-la" aos novos tempos.

Passarei a examinar a questão.

Os "novos" paradigmas, que devem orientar a decretação das prisões preventivas, surgiram, inequivocamente, no bojo das ações penais derivadas da operação Lava Jato. Isso vem estampado em sucessivos acórdãos do TRF da 4.ª Reg. que invocam a singularidade do caso concreto.[41]

Tal aspecto, que denota incrível casuísmo, já deve merecer atenção. Não é possível que um caso penal, por mais grave que seja, tenha o condão de modificar a (já confusa) sistemática da prisão preventiva.[42]

---

40. A propósito, *habeas corpus* 5031258-66.2015.4.04.0000/PR, julgado pela 8.ª T. do TRF da 4.ª Reg.

41. A propósito: "Ocorre que, a singularidade do presente caso está a exigir que se estabeleça um novo standard quanto à aplicação do instituto da prisão preventiva e das demais medidas cautelares." Cf. *Habeas corpus* 5031258-66.2015.4.04.0000/PR, 8.ª T., TRF-4, Rel. João Pedro Gebran Neto.

42. A respeito, consignou-se no *habeas corpus* 5010758-76.2015.404.0000/PR, um dos quais se propõe a aplicação de novos paradigmas à prisão preventiva, o seguinte: "Ocorre que, a singularidade do presente caso está a exigir que se estabeleça um novo standard quanto à aplicação do instituto da prisão preventiva e das demais medidas cautelares.
Nada do que foi dito ou escrito sobre estas medidas foi pensado a partir de fatos como os que são objeto de apuração nos diversos inquéritos policiais e processos penais que se seguiram à Operação Lava-Jato. Não há, pois, como simplesmente aplicar-se a jurisprudência até então predominante, haja vista a inexistência de parâmetros judiciais de igual proporção.
A originalidade e dimensão do caso impõem que todos os operadores do direito – e de um modo especial os julgadores – passem para uma compreensão singular, sem olvidar dos direitos fundamentais."

Prosseguindo, usa-se como argumento a gravidade dos crimes, que lesam o erário, prejudicando políticas públicas (a saúde, a educação, a segurança pública etc.). Sua gravidade seria maior que a dos chamados crimes de sangue (roubo, homicídio etc.).

A gravidade do delito não pode servir de pretexto para a decretação de custódia cautelar. A rigor, tal aspecto já foi valorado pelo Direito Penal. O legislador, ao estipular penas mais graves a uns crimes em detrimento de outros, leva em conta a gravidade dos mesmos. Ou seja, o furto possui pena mais branda que o roubo, pois esse último é mais grave.

Quanto ao argumento de que crimes do "colarinho branco" seriam mais lesivos que os violentos, na medida em que atingiram a sociedade como um todo, tenho que se trata de critério de cariz retórico-subjetivo. Note-se, há que se sinta mais aviltado com um roubo à mão armada, do que com a corrupção que está distante de sua realidade.

Não se nega que a corrupção gere imensos prejuízos, mas a consideração acima, um dos pressupostos para se aplicarem os novos paradigmas à prisão preventiva, é assaz vaga e sem correspondência no arcabouço legislativo.

A rigor, examinando a jurisprudência que dá azo aos novos paradigmas para a aplicação da prisão preventiva é possível concluir que: *i)* pauta-se na singularidade do caso concreto e *ii)* na gravidade do delito.

Quanto ao segundo aspecto (gravidade do delito), nada mais é do que uma repetição do que já se dizia quanto aos chamados crimes violentos. Com efeito, prendia-se (e ainda se prende), pois o crime era grave (p. ex., roubo), haja vista a violência empregada. O novo paradigma apenas mudou o foco, entendendo que a gravidade adviria do fato da ofensa à coletividade.

Por fim, há um último aspecto que precisa ser abordado, qual seja: o viés simbólico que a prisão assume.

Um dos acórdãos diz: "(...) mostra-se inevitável a adoção de medidas amargas que cessem a cadeia delitiva e sirvam de referência aos que tratam com desprezo às instituições públicas, sempre acreditando na impunidade."[43]

Rematada falácia.

A prisão (ou melhor, sua decretação) não pode servir a "dar avisos" ou "de exemplo". Isso porque, dentre os pressupostos à sua decretação não há nenhum desse jaez.

43. Cf. *Habeas corpus* 5031258-66.2015.4.04.0000/PR, 8.ª T., TRF-4, Rel. João Pedro Gebran Neto.

Percebe-se, pois, que os novos paradigmas nada mais são do que a repetição de velhas fórmulas a justificar prisões, ditas cautelares, mas que no fundo são verdadeiras antecipações de pena.

### *5.1. (segue): violação à Presunção de Inocência*

Do plexo de direitos e garantias fundamentais dos quais todos são detentores, avulta em importância a Presunção de inocência que deita raízes no período Iluminista.

Foi durante a Revolução Francesa, na luta dos enciclopedistas (por exemplo, Voltaire e Diderot) contra os abusos do período inquisitorial, que sua afirmação se deu de maneira mais clara. Entretanto, isso não impediu que passasse por períodos difíceis, como ao tempo do fascismo, gerando o Código *Rocco* (de 1930).[44] E, subsequentemente, o nosso CPP, de 1941.

Nada obstante, a presunção de inocência, hodiernamente, é um direito fundamental. E, no Brasil, sua finalidade é política e ideológica, sendo certo que seus conteúdo e alcance espraia-se por todo o sistema de justiça criminal.[45]

Nessa toada, abalizada doutrina leciona que possui estrutura normativa tridimensional, abarcando os seguintes corolários: *i)* regra probatória: implica ônus exclusivo da parte acusadora de superar tal presunção; *ii)* regra de tratamento: acarreta dever judicial de tratamento do acusado como se ele fosse inocente, ao longo da persecução penal. Todas as medidas restritivas a direitos fundamentais do acusado devem ser estritamente necessárias; *iii)* regra de garantia: enseja necessidade de respeito à cláusula do devido processo penal na superação da presunção de inocência do acusado.[46]

---

44. Para uma interessante resenha, mostrando as idas e vindas da Presunção de inocência, consulte-se FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 559-561. E, também, MORAES. Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 173 e ss.
45. Cf. MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 355 e ss.
46. GOMES, Luiz Flávio: Sobre o conteúdo processual tridimensional da presunção de inocência, *Estudos de direito penal e processual penal*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 101-117.

Essa dimensão de regra de tratamento da presunção de inocência impõe a liberdade do acusado, como regra geral, no decorrer da persecução penal (CR, art. 5.º, *caput*, LIV, LXI, LXV e LXVI).[47]

No plano internacional, é importante destacar a incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) ao ordenamento jurídico pátrio (Dec. 678/1992), sucedida pela aceitação da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) no ano de 1998.

Quanto ao direito fundamental à liberdade pessoal, inscrito no art. 7.º da CADH, há remansosa jurisprudência da CIDH impondo significativos limites à prisão processual, a exemplo das sentenças proferidas nos casos Súarez Rosero *vs.* Equador,[48] López Álvarez *vs.* Honduras,[49] dentre outros.

Essa jurisprudência veio a ser consolidada no Informe 35/2007 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos,[50] que sistematizou os limites em apreço.

Quanto às circunstâncias legitimadoras da prisão processual, a Comissão aduz que o art. 7.5 da CADH as circunscreve àquelas finalidades estritamente processuais, ligadas à aplicação da lei penal ou garantia da investigação ou prova dos fatos imputados (§ 81).

Importante salientar que a Comissão considera ilegítimas quaisquer circunstâncias autorizadoras da prisão processual que tenham caráter substantivo, ou seja, que lhe atribuam caráter de prisão-pena, tais como: "periculosida-

47. De modo amplo, Gomes Filho assim se manifesta: "Com efeito, a presunção de inocência traduz uma norma de comportamento diante do acusado, segundo a qual são ilegítimos quaisquer efeitos negativos que possam decorrer exclusivamente da imputação; antes da sentença final, toda antecipação de medida punitiva, ou que importe o reconhecimento da culpabilidade, viola esse princípio fundamental." GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. cit., p. 43.

48. CIDH, caso Súarez Rosero vs. Equador, Sentença de 12 de novembro de 1997 (mérito). Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf]. Acesso em 30 mar. 2016.

49. CIDH, caso López Álvarez vs. Honduras, Sentença de 01 de fevereiro de 2006 (mérito). Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf]. Acesso em 30 mar. 2016.

50. BIGLIANI, Paola, BOVINO, Alberto. *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008; MALAN, Diogo. Prisão processual: Limites no sistema interamericano de direitos humanos. In: PEDRINHA, Roberta Duboc, FERNANDES, Márcia Adriana (orgs.). *Escritos transdisciplinares de Criminologia, Direito e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 333-346.

de do acusado"; "possibilidade de reiteração delitiva"; "repercussão social dos fatos" etc.

Tais circunstâncias se baseiam em critérios de Direito Penal material, próprios da resposta punitiva, e não processuais. Cuida-se de circunstâncias baseadas na valoração de fatos pretéritos – sem qualquer correspondência com as finalidades das medidas cautelares processuais penais, sempre vinculadas aos fins da investigação ou do processo criminal (§ 84).

Quanto às circunstâncias do risco de fuga do acusado e da frustração da investigação criminal ou instrução processual, a Comissão impõe requisitos na sua interpretação e aplicação. Assim, tais circunstâncias não podem decorrer de meras alegações da parte, devendo estar fundadas em fatos objetivos e provados no caso concreto (§ 85).

Assim sendo, o único paradigma da prisão processual aceitável no Estado Democrático de Direito é o sobredito paradigma constitucional e convencional, sob pena de caracterização de ilícito perante o ordenamento jurídico internacional, sujeitando o Estado brasileiro às sanções da CIDH.

Note-se, pois, que os novos paradigmas da prisão preventiva vulneram a Presunção de Inocência e o correlato direito à liberdade do acusado (regra no curso da persecução penal). Isso porque, sem qualquer justificação constitucional, a jurisprudência os compreende, baseado em fatores como a gravidade do delito, a magnitude da lesão etc., valendo-se de equivocada "ginástica hermenêutica", como forma de dar eficácia à persecução penal. Ou seja, ignora-se a escolha do constituinte e até do legislador infraconstitucional, haja vista o teor do art. 282, § 6.º, do CPP.[51]

Haveria, a rigor, repise-se, verdadeira antecipação de pena.

### *5.2. (segue): violação à estrita legalidade processual*

Num Estado Democrático de Direito, o respeito às leis é inegociável, pois, do contrário, reinará a insegurança jurídica.

Desse modo, garante-se que: *i)* todos (inclusive os poderes da República) respeitarão as leis e *ii)* as decisões judiciais terão coerência, a fim de que não haja verdadeira loteria.

51. Reza o artigo: "A prisão preventiva será deter zxminada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)."

Em matéria processual penal, vige a estrita legalidade. Logo, não pode o juiz penal valer-se, buscando analogia no Processo Civil, do chamado poder geral de cautela. Como bem salienta Gomes Filho:

> (...) não se pode cogitar em matéria criminal de um "poder geral de cautela", através do qual o juiz possa impor ao acusado restrições não expressamente previstas pelo legislador, como sucede no âmbito da jurisdição civil; (...).[52]

Com efeito, as medidas cautelares deferidas (incluindo-se a prisão provisória) devem guardar estrita legalidade e correspondência aos cânones constitucionais (e infraconstitucionais).

Posto que, como visto, o art. 312 do CPP comporte alguma elasticidade não é possível admitir que, casuisticamente, os juízes "reinterpretem" as normas acerca da prisão preventiva. Tal equivaleria a, verdadeiramente, legislar. E, Mauro Cappelletti, com razão, recusa-se a admitir isso.[53]

Como se não bastasse, as decisões tornar-se-iam lotéricas, com a escolha de casos para aplicar os novos paradigmas da prisão preventiva ao bel prazer dos julgadores. E, como já salientaram os Tribunais de Superposição[54] (STJ[55] e STF),[56] isso não é salutar.

---

52. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. cit., p. 57.

53. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

54. A expressão é usada por ilustres processualistas paulistas. Cf. ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 178.

55. "O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. (...) Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la". STJ – AgRg no EREsp. 228432/RS – Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS – Corte Especial – *DJ* 18.03.2002.

56. "(...) o dissenso intestino que, como já disse, nesta bancada, é o que maior descrédito provoca no tocante à atuação do Judiciário". STF – RE 283240 AgR-ED-EDv-AgR/RS – Rel. p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO – j. 26.04.2007 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

## 6. CONCLUSÃO

O singelo estudo procurou demonstrar o completo equívoco de se falar/aplicar em novos paradigmas à prisão preventiva.

Partindo da premissa de que o processo é uma hipótese, que pode não se confirmar, deve-se ter máxima cautela quando da decretação de medidas segregacionistas.

Com efeito, se na atual sistemática já reinam enormes divergências, que dirá no paradigma que se pretende implementar.

A aplicação de novos paradigmas à prisão preventiva oblitera direitos e garantias fundamentais dos acusados, transformando a prisão em antecipação de pena. E, a rigor, trata-se de nova roupagem que, no fundo, repete vetusto arquétipo acerca da aplicação da prisão preventiva.

Macula-se a Presunção de inocência e o correlato direito à liberdade no curso da persecução penal. E, como se não bastasse, viola-se a estrita legalidade que deve nortear as medidas cautelares em sede criminal.

Assim, conclui-se que sua implementação é manifestamente equivocada.

## 7. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. vol. 1.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

_____. O Ônus da Prova no *habeas corpus*: *In Dubio pro Libertate*. In: PRADO, Geraldo e MALAN, Diogo (coords.). *Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 227-251.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Direito em Tempos de Globalização. In:___. *Temas de Direito Processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BATISTA, Weber Martins. *Direito penal e direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. *Liberdade Provisória*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

BIGLIANI, Paola, BOVINO, Alberto. *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CHASE, Oscar G. *Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context*. New York: New York University Press, 2005.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: Um Problema às Reformas Processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 139-147, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*. 7. ed. Roma: Laterza, 2002.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, Luiz Flávio: Sobre o conteúdo processual tridimensional da presunção de inocência. *Estudos de direito penal e processual penal*. São Paulo: Ed. RT. p. 101-117,1999.

GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo. In:___. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos. p. 225-286, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 69. São Paulo: Ed. RT. p. 179-199.

JARDIM, Afrânio Silva. Bases Constitucionais para um Processo Penal Democrático. In:____. *Direito Processual Penal*. 11. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. cap. 23. p. 307-316.

_____. Visão Sistemática da Prisão Provisória no Código de Processo Penal. In:____. *Direito Processual Penal*. 11. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. cap. 16. p. 241-263.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MALAN, Diogo. Prisão processual: Limites no sistema interamericano de direitos humanos, In: PEDRINHA, Roberta Duboc, FERNANDES, Márcia Adriana (orgs.). *Escritos transdisciplinares de Criminologia, Direito e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 333-346.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, tradução de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Chile: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951.

MELLADO, José María Asencio. *Derecho Procesal Penal*. 2. ed. Valença: Tirant lo Blanch, 2003.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SANGUINÉ, Odone. Efeitos perversos da prisão cautelar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 86. São Paulo: Ed. RT. p. 289-335. set./out. 2010.

_____. *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

TIEDEMANN, Klaus. O Direito Processual Penal. In:____. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007. cap. 5: p. 145-176.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. vol. 3.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A natureza jurídica da prisão preventiva, de Elaine Martins de Sousa Alves e Tiago Guimarães Vilela – *RT* 941/177-198 (DTR\2014\911);
- O direito de defesa na Constituição. A natureza jurídica da prisão preventiva. Exercício abusivo como forma de obtenção de delações premiadas. Inconstitucionalidade. Parecer, de Ives Gandra da Silva Martins e Antonio Claudio Mariz de Oliveira – *RT* 960/299-341 (DTR\2015\13207); e
- Sobre a decisão que decreta uma prisão preventiva, de André Szesz – *RBCCrim* 111/181-206 (DTR\2015\242).

85930

# Entre a imparcialidade e os poderes de instrução no caso Lava Jato: para além da iniciativa probatória do juiz

## *Between impartiality and the powers of evidence production in "Lava Jato Operation": beyond the probative evidence of the judge*

**Geraldo Prado**

Pós-doutor em História das Ideias e Cultura Jurídicas pela Universidade de Coimbra.
Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho. Professor de Direito Processual Penal da UFRJ.
geraldoprado@terra.com.br

**Área do Direito:** Processual; Penal

**Resumo:** A imparcialidade do juiz é condição de validade do processo e a produção de proteção ao direito a um juiz subjetivamente imparcial, "aplicando standard que não reclama que a parte que se considere lesionada credite a existência de um prejuízo subjetivo que se projete em um resultado objetivamente contrastável" tem profundas implicações. O que caracteriza a imparcialidade do juiz é a verificação da "distância legalmente determinada entre o tribunal e as partes" que materialize o caráter de árbitro que grava a jurisdição nos tempos modernos. Busca-se dessa maneira atribuir o julgamento do caso à pessoa que esteja em condições de o fazer com a maior objetividade possível. A iniciativa probatória do juiz configura faceta problemática no cruzamento com a imparcialidade. No Caso Lava Jato, a questão ganhou contorno diferenciado porque, não raramente, resultou de induzimento judicial à produção de provas em sentido contrário à presunção de inocência.

**Palavras-chave:** Prova penal – Imparcialidade – Presunção de Inocência – Regra de decisão.

**Abstract:** The judge's impartiality is a necessary condition for the due process, producing the protection of the right to a subjectively impartial judge, "applying a standard that does not claim that the party who considers itself damaged credits the existence of a subjective prejudice that is projected into an objectively contrastable result" has profound implications. What characterizes the impartiality of the judge is the verification of "a legally determined distance between the court and the parties" embodying the arbitration nature that defines jurisdiction in modern times. The aim is to assign the trying of the case to the person who can do this as objectively as possible. The judge's evidentiary initiative has a problematic facet when it crosses with impartiality. In the case of "Lava Jato Operation", this issue has gained a different outline because, not rarely, did it result in judges being induced to produce evidence, a fact which is contrary to the presumption of innocence.

**Keywords:** Criminal Evidence – Impartiality – Presumption of Innocence – Decision-making rule.

Prado, Geraldo. Entre a imparcialidade e os poderes de instrução no caso Lava Jato: para além da iniciativa probatória do juiz. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 122, p. 135-169, ago. 2016.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A estrutura acusatória de processo e a investigação criminal – 2.1. Considerações iniciais sobre o Sistema Acusatório – 2.2. As distorções de um modelo impreciso – 2.3. Juiz: o dilema entre ser "investigador" e o "tutor" jurídico-constitucional dos direitos das pessoas envolvidas na investigação – 2.4. O discurso inquisitório e os perigos de sua "legitimação comunitária" fundada na integridade moral do juiz – 2.5. Da desconstrução. A relação da função de investigação com a estrutura acusatória de processo – 2.6. Da concentração de poderes. O abuso a ser contido – 3. A imparcialidade do juiz – 3.1. O juiz natural e a imparcialidade – 3.2. A imparcialidade, o Pacto de São José da Costa Rica o direito convencional – 3.3. A imparcialidade em relação ao juiz que incentiva a produção da prova pela parte – 3.4. A imparcialidade do juiz e os valores em jogo. O caráter aberto das regras de exclusão do magistrado – 4. Considerações finais – Bibliografia.

"Os juízes penais não têm a missão de perseguir penalmente, mas sim a de decidir os casos que lhes são apresentados."

Alberto Bovino

## 1. INTRODUÇÃO

A rigor a exigência de imparcialidade do juiz no processo penal não deveria ser causa de tormentos acadêmicos e dificuldades práticas.

Admitindo-se, provisoriamente, um conceito de imparcialidade que a caracterize como "ausência de prejuízos ou parcialidades a demandar distanciamento entre juiz e partes de modo a assegurar a objetividade do julgamento", é razoável supor que o tema pudesse estar superado. Afinal, um processo penal dirigido por juiz parcial não está legitimado quer no marco do devido processo legal, quer sob os auspícios do Estado de Direito, e é intuitivo que também não goze do respeito do cidadão comum.

A questão reaparece, todavia, e provoca instabilidade no âmbito da dogmática jurídica, com reflexo na jurisprudência, em um momento em que certa cota de ativismo judicial é invocada como necessária para o exercício de uma jurisdição penal comprometida com pautas políticas que estariam a exigir do juiz algo mais do que a simples direção do processo penal: diligências probatórias ordenadas *ex officio* integrariam um "novo paradigma judicial", em tese, voltado a assegurar o justo processo, um determinado conteúdo de verdade que a sentença deveria contemplar e mesmo a utilidade da própria jurisdição, como substitutiva da "justiça pelas próprias mãos".

No Caso Lava Jato, em alguma medida a iniciativa probatória do juiz foi substituída por estímulos manifestos no sentido de as partes produzirem certo tipo de comportamento, com projeção no campo da prova penal, contrário aos

PRADO, Geraldo. Entre a imparcialidade e os poderes de instrução no caso Lava Jato: para além da iniciativa probatória do juiz. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 122, p. 135-169, ago. 2016.

seus próprios interesses. Raras são as estratégias analíticas no campo do processo penal que articulam medidas cautelares, presunção de inocência, tutela contra a autoincriminação compulsória e imparcialidade do julgador.

Compreende-se assim, que este aspecto da complexa operação poderia passar despercebido. Afinal, nem sempre torna-se evidente o emprego de medida cautelar coercitiva para provocar a parte a produzir prova contra ela própria no lugar de o juiz perseguir ele próprio a mesma prova. Sucedâneo da iniciativa probatória do magistrado, o recurso à provocação da parte, nestes termos, insinua o propósito de fazer respeitar em aparência o caráter adversarial de um processo penal que na prática adotou fórmulas supostamente inspiradas no equivalente penal norte-americano.

Pelo caráter exemplar do pronunciamento judicial, destaco o trecho abaixo, que servirá de paradigma para a análise proposta neste ensaio:

> Até razoável, no contexto, discutir a sobrevivência das empresas através de mecanismos de leniência, para preservar a economia e empregos. Entretanto, condição necessária para a leniência é o reconhecimento de suas responsabilidades, a revelação dos fatos em sua inteireza e a indenização dos prejuízos. Sem isso, o que se tem é o estímulo a reiteração das práticas corruptas, colocando as empresas acima da lei.[1]

Neste ponto cabe a indagação: existe alguma medida em que seja possível visualizar este ativismo judicial como compatível com o processo penal contemporâneo fundado na presunção de inocência?

Saber se há ou não uma resposta para a questão significa tomar partido em favor de um específico esquema processual penal que, de um ponto de vista estático, é dependente da definição do estatuto jurídico do juiz e das partes e que, no dinamismo próprio da atividade processual, prevê e regula as múltiplas formas de interação entre estes sujeitos, no trajeto que se segue da notícia crime à prestação jurisdicional.

Releva notar que na atualidade a adjudicação da responsabilidade penal das pessoas não depende, com exclusividade, da emissão de uma sentença de mérito condenatória. A cada dia com maior frequência a prisão preventiva, providências cautelares patrimoniais e soluções consensuais ocupam o lugar que

1. Pedido de Busca e Apreensão Criminal 5024251-72.2015.4.04.7000/PR. 13.ª Vara Federal de Curitiba. Tribunal Regional Federal da 4.ª região. Juiz: Sérgio Fernando Moro. Decreto prisional. Data: 15.06.2015.

a dogmática penal reservara à sentença condenatória transitada em julgado. Trata-se de institutos que, pela maneira como são aplicados, converteram-se em medidas penais em sentido material, pois que afetam interesses vitais do imputado de forma irreversível, tornando-se verdadeiros substitutos da sanção penal.

## 2. A ESTRUTURA ACUSATÓRIA DE PROCESSO E A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

### *2.1. Considerações iniciais sobre o Sistema Acusatório*[2]

A indagação de partida, pois, é simples: o processo penal brasileiro é acusatório?

Não há resposta, porém, uma resposta igualmente elementar para esta a que talvez seja a questão fundamental de nosso processo. A interpelação, como questão fundamental do processo penal, desafia a que se investiguem as categorias constitutivas deste dispositivo. Afinal, como se estrutura o processo penal brasileiro? Que princípios o regem? Como estão definidos os estatutos jurídicos dos sujeitos processuais? A que fim se dirige? Como se deve avaliar isso, se estaticamente, por meio das regras constitucionais e legais que desenham o modelo, ou na dinâmica própria do funcionamento cotidiano da justiça criminal?

Com efeito e tomando à partida, e provisoriamente, para os fins deste ensaio, um conceito que limita e distingue a estrutura acusatória de processo daquela adversarial, pode-se dizer, com Muñoz Neira, que o sistema acusatório se caracteriza pelo ônus da prova da acusação em mãos do acusador, que deverá remover ou superar a presunção de inocência para obter a condenação do acusado.[3]

A eficácia deste modelo como estrutura operativa capaz de controlar o poder punitivo, em sempre tendenciosa expansão, demanda, nas palavras do

2. Não está entre os objetivos do artigo aprofundar o tema dos Sistemas Processuais. A propósito dos "Sistemas", para compreensão de minha posição a respeito, remeto ao ensaio "A investigação criminal pelo Ministério Público", apresentado no Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Latino-americano (CEDPAL), da Georg-August-Universität Göttingen, em 15.04.2014, que "Investigação policial no Brasil" (prelo).

3. MUÑOZ NEIRA, Orlando. *Sistema penal acusatório de Estados Unidos*. 1. reimp. Bogotá: Legis, 2008, p. 130.

mesmo autor, características que podem ser descritas como: a divisão das tarefas e responsabilidades processuais entre quem toma a decisão e as partes, correspondendo ao terceiro imparcial a deliberação sobre a(s) controvérsia(s).[4]

A trajetória histórica dos modelos processuais penais no esforço por adequação aos comandos constitucionais que valorizam a dignidade da pessoa humana tem sido marcada pelo caminhar em busca de um processo público, oral, contraditório e contínuo perante um juiz imparcial, em que haja a possibilidade do exercício do direito de defesa, como sublinha Alberto Bovino.[5]

Isso, todavia, requer se reconheçam as dificuldades cotidianas que, segundo BOVINO, tem castigado os sistemas de justiça criminal latino-americanos com o estigma da permanência inquisitória pela via da perpetuação diária, à margem da Constituição e muitas vezes contra a dicção legal, de práticas desrespeitosas da normatividade constitucional, não raro com respaldo em alguma superficial e frágil concepção doutrinária.

Como diz o culto professor da Universidade de Buenos Aires: quinhentos anos de cultura inquisitiva geraram um sistema de justiça criminal burocrático, rígido, secreto, lento, ineficiente e extremamente injusto, quase impossível de abandonar.[6]

### *2.2. As distorções de um modelo impreciso*

Compreende-se neste contexto de permanências autoritárias, que no Brasil, não haja paz doutrinária quanto a tópicos essenciais para a legitimidade e racionalidade das intensas e profundas atividades estatais que interferem na vida das pessoas, atividades canalizadas na persecução criminal. A doutrina ainda hoje não responde, como não o fez em passado recente, de modo satisfatório, sobre quais são os arranjos fundamentais do processo penal, o que leva os tribunais a passar ao largo da controvérsia.

A inevitabilidade da decisão, uma vez que a jurisdição é a um tempo inafastável e indeclinável, parece oferecer pouco espaço de manobra aos órgãos judiciais para construir, pela via jurisprudencial, um concreto "devido processo legal" que em sua totalidade seja respeitoso dos direitos fundamentais, mas também capaz de superar a tormenta dos julgamentos paralelos dos meios de

4. Idem, p. 128.

5. BOVINO, Alberto. *Proceso penal y derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 5.

6. Idem, p. 4.

comunicação[7] que pressiona o magistrado em determinada direção, cassando as alternativas supostamente contrárias à opinião que estes mesmos meios vocalizam.[8]

Compreende-se que os desafios impostos por esta realidade complexa e dominada pela reivindicação de pronta resposta judicial tenham influenciado a Justiça Criminal na busca natural pela posição de conforto que lhe oferece determinado sentido comum do processo – comum como algo compartilhado por porta-vozes autorizados da comunidade jurídica[9] – que apoiado na tran-

7. Sobre o papel dos meios de comunicação na conformação das decisões judiciais em âmbito criminal, para além do insuperável artigo escrito de Nilo Batista, (BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 42. ano 11. São Paulo: Ed. RT. jan./mar. 2003, p. 242-263) indicam-se as precisas obras de Simone Schreiber, (SCHREIBER, Simone. A publicidade opressiva de julgamentos criminais. Rio de Janeiro: Renovar, 2008) e de Fábio Martins de Andrade (ANDRADE, Fábio Martins. *Mídia e Poder Judiciário: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007).

8. Em seu clássico texto "Justicia Política: empleo del procedimiento legal para fines políticos" (KIRCHHEIMER, Otto. *Justicia Política: empleo del procedimiento legal para fines políticos*. México: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1961), Otto Kirchheimer alertará para o fato de que não há verdadeiro processo sem que as duas partes tenham reais condições de se sagrarem vencedoras. A tendência a cassar por completo as oportunidades de uma das partes – em geral as da Defesa – configura característica do denominado uso político do processo para reclamar legitimidade ao exercício do poder. Trata-se do processo penal como "juízo político" e, se é frequente nos regimes autoritários, não é incomum nas democracias onde não existem mecanismos de controle dos poderes públicos e privados (como os que exercem os meios de comunicação). São palavras de Kirchheimer: "Durante la época moderna, cualquiera que sea el sistema legal que predomine, tanto los gobiernos como los grupos privados han tratado de allegarse el apoyo de los tribunales para sostener o cambiar la balanza de poder político. En forma disfrazada o no, los problemas políticos se presentan ante los tribunales, para ser confrontados y sopesados en las balanzas de la ley, por mucho que los jueces se inclinen a evadirlos, puesto que los juicios políticos son inevitables." (KIRCHHEIMER, Otto. Op. cit., p. 48).

9. Sobre o papel de porta-voz do saber jurídico, ostentado no campo jurídico por determinados autores, levando em consideração a constatação de que o "campo jurídico é constituído de um saber que é socializado a partir da formação universitária", indica-se a leitura da tese de doutorado "Do princípio do livre convencimento motivado: legislação, doutrina e interpretação de juízes brasileiros" de Regina Lúcia Teixeira Mendes (MENDES, Regina Lúcia Teixeira. *Do princípio do livre convencimento motivado:* legislação, doutrina e interpretação de juízes brasileiros. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 5).

quilizadora tradição não repudie práticas que em algum momento revelaram-se eficientes métodos de apuração e punição das infrações penais.

Práticas, como salientou Bovino, que colonizam mentalidades porque fazem parte do nosso cotidiano há mais de quinhentos anos e somente de forma lenta são ultrapassadas pelos imperativos constitucionais de adequação do processo penal brasileiro a parâmetros mais ou menos consensuais de devido processo legal.

Exemplo evidente da permeabilidade inquisitiva pode ser extraído da rotina judicial de intervir na fase de investigação, conduzindo atos de apuração da notícia crime, ainda que não mais de forma direta, haja vista a vedação imposta pela decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade da atuação judicial *ex officio*, no âmbito da investigação, dirigida à colheita de indícios de autoria e materialidade da infração penal,[10] mas na modalidade das intervenções cautelares de natureza probatória previstas na Lei 12.850/2013, que dispõe sobre os meios de investigação das organizações criminosas.

Advirta-se desde logo que, ainda que em medida muito menor, mesmo os tribunais superiores não estão imunes à tentação de simplificação do problema concreto gerado pela alegação de violação do preceito de imparcialidade objetiva pelo juiz nos casos em que há atuação judicial em um nível de investigação da verdade que prescinda da provocação da parte interessada (acusador ou defesa).

### 2.3. *Juiz: o dilema entre ser "investigador" e o "tutor" jurídico-constitucional dos direitos das pessoas envolvidas na investigação*

A prática judicial de busca da prova sem provocação das partes constitui o equivalente funcional às ações de investigação da notícia crime pela Polícia.

A relação de identidade funcional entre a autoridade policial, na prática de atos de investigação penal, e o juiz na realização dos mesmos atos, de ofício, durante o processo, no entanto, é negada pelas decisões dos tribunais superiores.[11]

10. Ver resultado do julgamento ADIN 1.570-2. Requerente: Procurador-Geral da República. Tribunal Pleno. *DJ*. 22.10.2004. (STF). Disponível em: [www.dji.com.br/adin/adin1570-2.htm].

11. A título de exemplo: HC 92.893/ES. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Julgamento em 02.10.2008.

O magistério de Tourinho Filho é reiteradamente invocado para justificar o comportamento judicial e a argumentação dominante consiste em perceber na ação judicial em busca da prova algo distinto da investigação judicial da notícia crime que tem lugar no sistema do Juizado de Instrução. Convém transcrever o texto tantas vezes referido em acórdão do Supremo Tribunal Federal:

> Não adotou nosso Código o Juizado de Instrução. Dele tampouco cogitou o projeto Frederico Marques. No Juizado de Instrução, a função da Polícia se circunscreveria a prender infratores e a apontar os meios de prova, inclusive testemunhal. Caberia ao "Juiz Instrutor" colher as provas. A função que hoje se comete à Autoridade Policial ficaria a cargo do "Juiz Instrutor". Assim, colhidas as provas pelo citado Magistrado, vale dizer, feita a instrução propriamente dita, passar-se-ia à fase do julgamento. O inquérito seria suprimido.
>
> Em vários países da Europa há o Juizado de Instrução. É o próprio Juiz quem ouve o pretenso culpado, as testemunhas e a vítima e, enfim, quem colhe as provas a respeito do fato infringente da norma e respectiva autoria. Concluída a instrução (que na França é inquisitiva), cumpre ao Magistrado (*Juge d'instruction*) proferir decisão (equivalente à nossa pronúncia), julgando acerca da procedência ou não do *jus accusationis*. Se se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, remeterá os autos ao Juiz competente, onde haverá lugar a audiência de julgamento.[12]

O raciocínio é um tanto singelo: como não há juizado de instrução no Brasil, o juiz criminal que atua na etapa preliminar da persecução penal não pode ser confundido com um investigador.

O argumento, no entanto, no lugar de enfrentar o questionamento sobre a parcialidade objetiva, deixa o problema intocado e não neutraliza os efeitos internos e externos ao processo que adviriam da eventual declaração de parcialidade em virtude de o juiz adotar de ofício comportamento próprio do investigador, na etapa preliminar de investigação criminal.

Note-se que as referências que visam imunizar a prática judicial investigatória da imputação de violar o dever de imparcialidade imposto pela Constituição estão inseridas na moldura da interpretação do papel do juiz criminal brasileiro relativamente ao inquérito policial. Elas têm por objetivo, como se extrai do julgado referido, sublinhar que "o juiz, ao presidir o inquérito, ape-

12. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 31. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. vol. 1, p. 289.

mas atua como administrador, um supervisor, não exteriorizando qualquer juízo de valor sobre fatos ou questões de direito que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal".[13]

Para além do papel que o juiz por hipótese deve desempenhar no âmbito da investigação criminal, o que há de sensível em semelhante argumentação é o apelo subliminar ao estatuto de imparcialidade que adere ao juiz, quaisquer que sejam os atos que pratique ou a oportunidade da sua intervenção, porque seria da essência da atividade judicial comportar-se de modo imparcial. Essa seria a "fisiologia judicial" e somente desvios singulares, anormais e patológicos, comprometeriam a isenção do magistrado.[14]

### 2.4. *O discurso inquisitório e os perigos de sua "legitimação comunitária" fundada na integridade moral do juiz*

Era assim que o processo inquisitório procurava legitimar as suas práticas: apelando à confiança na pessoa do juiz, em sua integridade moral e na, em tese, inabalável capacidade de não se deixar influenciar pela hipótese que ele próprio cogitava ao início, com a notícia crime, portando-se como um super-homem, acima das emoções e paixões que dominavam os demais mortais. Falhar nisso, sustentava a ideologia inquisitória, não era algo "natural" e somente poderia ser explicado por raríssimos desvios singulares, ainda mais raramente reconhecidos.

Tais desvios, resulta implícito no raciocínio, não guardavam relação com o "ambiente procedimental". Era o que se sustentava, como se perceberá das lições de Hélio Tornaghi em defesa do modelo inquisitório. À luz destas considerações, a posição manifestada em alguns julgados a respeito da violação do dever de imparcialidade objetiva não coloca no centro do problema o atuar do juiz *na* investigação criminal ou no exercício de função de *investigação criminal*, mas sim perquire sobre a eventual possibilidade dele, magistrado, extrapolar determinados limites que se vislumbram na fronteira dos "juízos de valor sobre fatos ou questões de direito".

13. HC 92.893/ES mencionado na nota n. 11.

14. Bovino, citado tantas vezes, irá rematar sublinhando a tradição de fundo inquisitorial de entender as causas de afastamento do juiz como "uma espécie de reprovação dirigida ao juiz recusado, deixando de lado que se trata de uma situação objetiva, referida à relação entre o juiz e o caso". BOVINO, Alberto. Op. cit., p. 61.

Para dar conta da preservação de poderes instrutórios em mãos do juiz a distinção entre os modelos processuais fundada no sujeito que dirige as investigações preliminares – o juiz, o Ministério Público ou a autoridade policial – ocupa lugar de destaque na mitologia processual. O critério em questão está presente no discurso corrente dessas decisões, pois que, segundo este ponto de vista, a presença do juiz estaria justificada pelo elogiável propósito de velar pelos direitos e garantias fundamentais do próprio investigado, como aduziu o eminente Ministro Maurício Corrêa, em voto que sepultou a regra do art. 3.º da Lei 9.034/1995.[15]

De acordo com esse modo de compreensão da realidade processual, em certa medida adotado por parte da doutrina e assimilado pelos tribunais desde as origens do vigente Código de Processo Penal, no Estado Novo, a estrutura processual penal em nosso país respeita o modelo acusatório no tocante à função do magistrado na investigação e, portanto, sob este ângulo, mesmo a despeito de muito pouco ter-se alterado de 1988 até a presente data, encontra-se em harmonia com a Constituição da República.

Esta conclusão não é razoável. Ao revés soa contraditória. É como se a Constituição houvesse ordenado profunda transformação no processo penal e, todavia, sem que qualquer mudança de monta houvesse operado, ainda assim o processo penal pudesse ser considerado conforme à nova ordem constitucional e ao Estado de Direito.

Sob este ângulo, insustentável, é que se supõe que, por ostentar a qualidade de juiz, em tese o magistrado atuará imparcialmente mesmo na prática de atos de investigação no curso do processo. A premissa é falsa, mas povoa o imaginário de parte do sistema penal brasileiro.

De ressaltar o simbolismo que adquire neste contexto a invocação do magistério do sempre lúcido Tourinho Filho, que remonta ao texto de 1989 (11.ª edição da obra referida), mas captura a arquitetura jurídica da investigação criminal que antecede a Constituição democrática e que havia sofrido pesadas críticas de importantes processualistas, como será visto oportunamente.

Argumenta-se com o peso da tradição para a validação da regra do juiz imparcial, qualquer que seja a modalidade de sua intervenção na persecução penal, desde que "de acordo com os contornos definidos pela lei infraconstitucional".

15. ADIN 1.570-2. Requerente: Procurador Geral da República. Tribunal Pleno. *DJ*. 22.10.2004.

E neste caso a "tradição" desempenha o papel do "Mito". Afinal, como diria Bovino, são quinhentos anos de peso.

Não se ignora o poder do mito na formação das consciências, na constituição do patrimônio comum de conceitos e pré-compreensões, na consolidação de consensos alargados. É assim na vida em geral e não seria diferente no Direito.[16] Desconstituir um mito não é tarefa fácil, portanto, mas há de ser imperativo para a superação dos obstáculos ao reconhecimento das regras válidas na adjudicação de responsabilidade penal conforme o Estado de Direito.

### *2.5. Da desconstrução. A relação da função de investigação com a estrutura acusatória de processo*

Apreender a facticidade sobre a qual incidem os juízos jurídicos constitui o primeiro passo para distinguir a teorização da realidade daquela que tem por objeto *mitos*, que são a-históricos, isto é, prescindem e diferenciam-se da realidade fenomênica.

Assim, acentua Juliano Maranhão:

> Diferentemente de outros ramos do conhecimento, o direito é uma prática social que envolve valorações sobre as ações dos próprios participantes dessa prática. Tal condição coloca em questão a possibilidade de uma explicação adequada desse fenômeno a partir da mera correlação causal de eventos. Explicar a prática social chamada direito não significa descrever suas causas, mas compreender suas *razões*. E compreender razões de uma ação ou prática implica atribuir propósitos aos agentes (por qual razão ou para qual fim isso ou aquilo foi feito?). (grifo do autor.)[17]

Ora, como prática social o direito requisita o conhecimento das condições da sua realização concreta como pressuposto para o seu próprio entendimento. E também inquire sobre que propósitos orientaram estas ações quer no domínio da legislação, da doutrina ou da prática cotidiana.

Isso é desse modo, por evidente, quando se trata de interrogar sobre os contornos normativos da atividade de investigação, sobre a própria "função de investigação" e acerca do papel desempenhado pelo juiz neste contexto.

16. CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

17. MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 25.

Assim, não basta, por exemplo, afirmar o caráter acusatório da etapa preliminar do processo penal brasileiro ou admitir que o inquérito policial, sem mais, é inquisitório. A declaração de que o processo penal brasileiro se caracteriza por uma fase antecedente inquisitória e um juízo acusatório de definição da eventual responsabilidade penal do acusado corre o risco de se transformar em mero argumento retórico, sem função prática, quando não se tem em mente que não é o "nome" que define a função do procedimento, mas a função se define em virtude de seu objeto, independentemente de quem seja o autor do comportamento concreto.[18]

Muito embora a atuação judicial esteja, em regra, dotada da marca da imparcialidade, situar "onde" opera o juiz – se no curso da investigação policial ou durante o processo – e "o que realiza" no âmbito de cada procedimento configuram premissas para a compreensão do tipo de sistema processual concreto.

Em 1970, na Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Penal de sua autoria, José Frederico Marques advertia para o propósito de perseguir a supressão definitiva dos "resquícios de inquisitorialismo" que atormentavam – e atormentam – o CPP e centrava sua crítica no conjunto de atividades atribuídas ao juiz na etapa preliminar da persecução (investigação criminal). A função desempenhada pelo magistrado na investigação criminal era mais relevante e problemática que o discurso dominante a propósito da imparcialidade do juiz e justificava, na opinião abalizada do jurista de São Paulo, as críticas e a iniciativa legislativa de afastar ao máximo o magistrado do inquérito.[19]

Para além de realmente indicar o completo alheamento do juiz da instrução preliminar, preservando-lhe a atuação relativamente às decisões sobre medidas cautelares, a crítica de Frederico Marques mirava muito mais a prática que, na promiscuidade do contato juiz-autoridade policial, contaminava a perspectiva que o primeiro deveria ter da causa por força da imparcialidade que é atributo da jurisdição.

Em um imaginário povoado de temores aos quais os sucessivos governos haviam respondido de forma autoritária – o da Era Vargas com o Código de

18. Conhecido exemplo é a decisão judicial de arquivamento do inquérito policial. Não obstante proferida por juiz criminal é de natureza administrativa, pois que acompanha a natureza do próprio inquérito.

19. Anteprojeto de Código de Processo Penal (Publ. No *DOU*, suplemento, de 29.06.1970). São Paulo, Sugestões Literárias, 1970, p. 12 (Do Juiz Penal) e arts. 250 e seguintes.

Processo Penal de inspiração fascista e a ditadura civil-militar com a ampliação da competência da Justiça Militar, cassação de magistrados do Supremo Tribunal Federal, suspensão da garantia do *habeas corpus* e implementação da Lei de Segurança Nacional[20] – a proposição de Frederico Marques sustentava-se na ideia então pouco amigável de que o juiz criminal não era órgão auxiliar da segurança pública.

Neste ponto, a citada proposta recebeu forte contestação de Hélio Tornaghi, que vale ser transcrita, pois que ao fazer profissão de fé em favor de determinada reserva de "inquisitorialismo", postulou e viu prevalecer seu ponto de vista apoiado na "tradição" do processo penal brasileiro, tradição que muitas vezes, confessadamente, como irá referir Tornaghi, recorreu a práticas à margem ou em contradição com a lei, o que é algo relativamente comum, na perspectiva histórica, quando se privilegia a eficiência da repressão em detrimento da tutela da dignidade das pessoas.

> A Exposição de Motivos de 1970 dizia, no n. 8, que o Anteprojeto visava a 'suprimir definitivamente os resquícios de inquisitorialismo' (...) 'não transigindo com a pureza acusatória no procedimento que adota'.
>
> Ora, isso *nem foi conseguido nem seria desejável*. O procedimento inquisitório formou-se paulatinamente e para emendar as falhas do acusatório puro, que levava à impunidade dos criminosos, à facilidade da denunciação caluniosa, ao desamparo dos fracos, à deturpação da verdade, à impossibilidade de formar convicção, e assim por diante (...). É certo que o remédio também se revelou nocivo e houve necessidade de corrigi-lo. Mas o que proveio dessa correção não foi a volta à 'pureza acusatória', o que representaria um retrocesso! Na verdade o procedimento moderno é misto. Ele reúne todas as vantagens do acusatório e do inquisitório e elimina os inconvenientes tanto de um quanto de outro. (grifo meu.)[21]

O ângulo prestigiado por Hélio Tornaghi, em defesa de um processo penal não acusatório – ou não totalmente acusatório –, que prevaleceu com o arquivamento do anteprojeto e a manutenção do regime jurídico do inquérito policial basicamente até os dias atuais, ademais de desautorizar na questão de

20. FRAGOSO, Heleno Claudio. *Advocacia da liberdade:* a defesa nos processos políticos. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

21. TORNAGHI, Hélio. Instituições de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. vol. 1, p. 14.

fundo o argumento de Tourinho Filho, referido ao longo do trabalho,[22] e que manejado como tem sido revela-se contraditório, fundava-se ainda no citado binômio tradição-eficiência, mas com a admissão de que a tradição de nosso processo penal era inquisitorial, apesar da não adoção do instituto do Juizado de Instrução.

Em outras palavras: como é intuitivo, não é a existência do Juizado de Instrução que caracteriza o modelo inquisitório. Ressaltou Tornaghi que mesmo sem juizados de instrução a estrutura procedimental pode ser inquisitória (e no Brasil foi necessário a Constituição da República de 1988 para tentar mudar isso, ainda que sem juizados de instrução).

Malgrado, acrescente-se, os juizados de instrução, onde existem, sejam inquisitórios, até onde não há Juizado de Instrução a sua inexistência formal é insuficiente para caracterizar o modelo processual como acusatório.

Por último, uma observação, que pode muito bem ser trasladada, como ironia, aos nossos dias: na ocasião dos comentários de Hélio Tornaghi o "desejável" inquisitorialismo não parecia ser uma má escolha.

Interessante observar na réplica de Tornaghi a Frederico Marques,[23] no ponto em que este alvitrava a substituição do juiz pelo Ministério Público como destinatário e fiscal do inquérito policial, que o professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro invocou em defesa do *status quo* a intenção de preservar a "imparcialidade" do Ministério Público durante a investigação criminal, na tentativa de evitar o risco "do *preconceito*, da predisposição gerada no espírito do investigador pelos indícios, pelas aparências, pelas pistas falazes".[24]

---

22. Ao menos, como foi visto, da maneira como a referida posição é manejada para erradicar as alegações de parcialidade dos juízes por conta de atos de investigação criminal, no inquérito policial ou no processo penal. Claro está, em ambos os casos de influência dos doutrinadores, que se está diante de algo que é peculiar ao sistema jurídico: o "poder dos juristas". Eugenio Raúl Zaffaroni (e outros) assinalará que "o poder não é algo que se *tem*, mas sim que se *exerce*" Acrescenta o penalista argentino que uma das formas de exercício é a "discursiva", manifestada tradicionalmente pelos juristas penais com o objetivo de legitimar o âmbito punitivo (ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Direito Penal Brasileiro I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 63).

23. O fortalecimento da estrutura acusatória no anteprojeto Frederico Marques opunha-se ao modelo "misto" consagrado no anteprojeto de Código de Processo Penal de 1965, de autoria do próprio Hélio Tornaghi.

24. TORNAGHI, Hélio. Op. cit., p. 17. Para entender melhor os componentes do jogo de poder que se encontra por trás da decisão sobre o comando da investigação penal e

A preservação da "imparcialidade" do juiz criminal em relação a estes mesmos preconceitos, predisposição gerada por indícios e pelas pistas falazes, no entanto, não integrou as cogitações ou fez parte do conjunto de preocupações de quem se lançava em defesa de um modelo temperado de procedimento inquisitório.

Os comentários da nota de rodapé 25 elucidam este aparente paradoxo. Com efeito, assumindo que a ilegalidade na ação policial era, às vezes, inevitável e incontornável, o eminente professor da Faculdade Nacional de Direito reconhecia na mencionada prática policial algo próprio, segundo seu juízo, das atividades de controle da criminalidade a cargo da Polícia, no âmbito das investigações criminais, e sentia-se autorizado a cobrar dos juízes criminais, do lugar proeminente que ocupava, certa tolerância com as ilegalidades, sob pena de ineficiência do denominado *Police power*[25] ("hipocrisia e farisaísmo").

Este ponto, que é revelador da tensão provocada no seio da atividade de investigação criminal, em razão da demanda por eficiência, está na base das disposições internacionais que vedam que o juiz que conduza atos de investigação posteriormente participe do processo e julgue a causa. Será retomado adiante.

---

as derivas autoritárias que mais que inescondíveis, pesaram na tomada de posição de Hélio Tornaghi, acerca da investigação criminal, convém reproduzir mais um significativo trecho de sua obra clássica: "A verdade é que a disciplina legislativa da atividade policial e o exercício da função de polícia são matérias extremamente delicadas, em que é preciso perseguir o *ideal* sem fechar os olhos ao *real*... Cercear a atividade policial é fácil; mas não é eficaz! A Polícia não deve ser caprichosa nem despótica; mas também não pode ficar acocorada. Se a lei não lhe dá instrumentos de trabalho, uma de duas: ou ela falha em sua missão, ou a executa apesar da lei, ferindo a lei. Há casos em que a Polícia precisa deter suspeitos, ainda que submetida a um sistema qualquer de contraste posterior. Negar-lhe este poder é obrigá-la a cruzar os braços ou a agir fora da lei. No momento em que escrevo estas linhas, leio nos jornais que a Polícia acaba de descobrir o esconderijo dos assaltantes do Bamerindus, ou seja, dos autores do maior assalto a Banco já realizado no Brasil. Um deles é autor de várias mortes. Que deve ela fazer? Esperar a decretação da prisão preventiva, dando tempo para que eles fujam e se escondam? Ou terá de prendê-los desde logo? Mas essa prisão seria ilegal! A verdade é que a Polícia não tem outro remédio, em casos como o citado, se não o de prender. Por que, então, não enfrentar a realidade em lugar de manter um legalismo hipócrita e farisaico?" (grifo do autor – op. cit., p. 26-27).

25. Idem, p. 26.

### *2.6. Da concentração de poderes. O abuso a ser contido*

Insta agora acentuar que, se não é possível concordar com Hélio Tornaghi quanto a tolerância relativamente a prisões arbitrárias e ilegais de quem quer que seja, deve-se ao menos reconhecer que o culto processualista teorizava cenário das experiências de persecução penal, cuja existência prática não ignorava, experiências que em suas lições encontravam algum respaldo.[26]

Discorda-se da "normalização" das condutas abusivas, mas não se deve deixar de reconhecer a existência delas e o ambiente que favorece o seu aparecimento, com independência de quem seja seu protagonista.

Trata-se, portanto, de eloquente exemplo de que a realidade (facticidade) deve se impor no momento da avaliação e julgamento dos comportamentos processuais, pois, como salienta Juliano Maranhão, as práticas jurídicas envolvem "valorações sobre as ações dos próprios participantes dessa prática... [o que] coloca em questão a possibilidade de uma explicação adequada desse fenômeno a partir da mera correlação causal de eventos". E concluiu o referido jurista: "Explicar a prática social chamada direito não significa descrever suas causas, mas compreender suas *razões*" (grifo nosso uma vez mais).

O alheamento à forma como os atores jurídicos operam tem facilitado aquilo que no passado recente, ditatorial, era viabilizado pela concordância prática entre parte da doutrina (porta-vozes do campo jurídico) e alguns operadores jurídicos – a minoria, certamente: o abuso de poder.

A alienação dos tribunais e de alguns doutrinadores, com insistência denunciada na atualidade por diversos teóricos,[27] produz efeitos perversos. É responsável por um processo penal invisível, ao menos aos olhos dos tribunais,

---

26. Assevera Zaffaroni que o direito penal (*lato sensu*) é uma programação, pois que projeta o exercício do poder dos juristas, o que não deve deixar de considerar as estratégias e táticas, limites e possibilidades, que incorporam dados da realidade. Direito Penal Brasileiro I, obra citada, p. 64. À primeira vista isso é mais evidente no pronunciamento de Hélio Tornaghi, mas deixar de ser aplicável – ainda que não se trate de efeito desejável por Tourinho Filho – ao se descontextualizar a diferenciação operada por Tourinho entre investigação a cargo da polícia, via inquérito policial (Brasil), e no Juizado de Instrução (França) para concluir por estatuto absoluto de isenção do juiz criminal.

27. Ver STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. E STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

com todas as graves consequências que disso resultam para o Estado de Direito e para a proteção das pessoas.

Na Itália, Ennio Amodio, professor de processo penal da Universidade de Milão, sublinhará a existência de um equivalente processo penal invisível, que não se lê em manuais ou nos repertórios jurisprudenciais, mas que se toca com a mão na prática judiciária.[28] Processo cuja transformação em prol da acusatoriedade termina por deparar com obstáculos opostos que exprimem uma "cultura das corporações", de matriz inquisitorial, que crê para além das mais elementares objeções epistemológicas, em uma magistratura "depositária exclusiva da função de busca da verdade".[29]

O trecho de decisão da Lava Jato que foi selecionado ilustra claramente este ponto. Trata-se de decreto de prisão de empresário. O argumento judicial subjacente à alegada garantia da ordem pública consistiu em afirmar que o imputado, na qualidade de dirigente da empresa (e não de investigado!), deveria contribuir para que a corporação acionasse os mecanismos do acordo de leniência previsto no art. 86 da Lei 12.529/2011, ainda que isso significasse na prática a renúncia à garantia contra a autoincriminação compulsória instrumentalmente conexa à presunção de inocência.

O acordo de leniência há de ser voluntário, cooperar na produção da verdade e na resolução definitiva do problema pertinente à livre concorrência e, sem embargo da atenuação da responsabilidade administrativa do agente, projetar-se na direção do processo penal e não o contrário.

O desafio imposto pelo estatuto legal da leniência, no Brasil, situa-se no âmbito da coerência do sistema penal, que está estruturado em garantias constitucionais e convencionais – com relevo para a presunção de inocência, matriz do processo penal acusatório, e para a tutela contra a autoincriminação compulsória – que na prática se fragilizam em detrimento de soluções de *concordância* que não se convertem em resoluções consensuais sem sacrifício dessas mesmas garantias.

Por outro lado, não há como afirmar a concordância prática na busca por uma "eficiência funcionalmente orientada do processo penal", porque isso demanda "*estruturas de comunicação* entre os diferentes sujeitos e as diversas

28. AMODIO, Ennio. La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo. Disponível em: [http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/roma20021114/amodio.html]. Acesso em 13 jan. 2013.

29. Idem.

formas processuais"[30] e no direito brasileiro ainda não existem as adequadas *estruturas de comunicação* entre as esferas penal e administrativa relativamente à leniência.

O foco da análise, portanto, deve ser a realidade. Confrontado o citado pronunciamento judicial com fundamentos do processo e funções implicadas na relação entre fato e descoberta da verdade, é inevitável concluir que embora diretamente o juiz não tenha produzido prova no caso concreto, o condicionamento imposto à liberdade do então investigado implicava em sacrifício de direitos e garantias em perfeita sintonia com as práticas da tradição inquisitorial.

Em termos dogmáticos a percepção dessa *permanência inquisitória* reclama o recurso à análise funcional, pois uma prova produzida no âmbito do acordo de leniência, perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), por certo chega ao processo penal não pelas mãos do juiz, mas das autoridades da concorrência e regulação e do Ministério Público.

A constatação da superação ou não do "mito" e da tradição inquisitorial mesma de nosso processo penal, retratados na premissa de neutralidade das intervenções judiciais provocadoras do aparecimento de indícios de infrações penais (tarefa de polícia judiciária) e de provas não requeridas pelas partes acerca da responsabilidade penal dos investigados demanda, portanto, a chamada análise funcional do direito.

Com efeito, a perspectiva funcionalista do direito auxilia intérpretes e operadores em geral na tarefa de compreensão das múltiplas implicações e vinculações entre os sujeitos envolvidos em toda a sorte de relações jurídicas.

Assim, André Jean-Arnaud e Maria José Fariñas Dulce salientam que tomando à partida "a natureza essencialmente contextual do direito e das interações necessárias entre os sistemas jurídicos e os diferentes elementos e subsistemas existentes na sociedade"[31] interrogar as tarefas (funções) que o direito executa resulta necessário para a percepção da fisiologia ou desvios produzidas na prática jurídica.

Levar em consideração a análise funcional do direito é uma necessidade teórica e prática e auxilia no conhecimento da realidade jurídica em si. Objetivamente, a função pode ser entendida, na linha preconizada pelos referidos

30. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*: O "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"? Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011. p. 21 e 25.

31. JEAN-ARNAUD, André; FARIÑAS DULCE, Maria José. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. São Paulo: Renovar, 2000, p. 138.

autores, como "contribuição da parte ao todo", ponderando-se as necessidades e exigências do próprio sistema que se avalia. Subjetivamente, "o conceito de 'função' parte da categoria da ação dos indivíduos que participam das relações sociais e, assim fazendo, interagem num quadro comum preestabelecido".[32]

Zaffaroni acentuará que

> "(...) é impossível uma teoria jurídica, destinada a ser aplicada pelos operadores judiciais em suas decisões, que não tome em consideração o que verdadeiramente acontece nas relações sociais entre as pessoas".[33]

No exemplo perspectivado, admitindo-se por hipótese que o imputado haja cedido à provocação judicial, o ingresso de meios probatórios eventualmente desfavoráveis a ele, produzidos pela empresa no procedimento administrativo, formalmente ingressaria no processo prescindindo da requisição judicial.

Para retomar Amodio, uma iniciativa do gênero não se lê em manuais ou nos repertórios jurisprudenciais, mas se toca com a mão na prática judiciária. Processo concreto cuja transformação em prol da acusatoriedade termina por deparar com obstáculos opostos que exprimem uma "cultura das corporações", de matriz inquisitorial, que crê para além das mais elementares objeções epistemológicas, em uma magistratura "depositária exclusiva da função de busca da verdade".

Oportuno salientar um aspecto. Mesmo autores clássicos, como Franco Cordero, em geral limitam o horizonte da função de investigação a atos de recolhimento de informações com dispensa da colaboração do investigado.[34]

A realidade, todavia, da qual não se deve distanciar, como recordava Hélio Tornaghi, é que a cada dia mais e mais se tem requisitado a cooperação, nem sempre voluntária, do investigado, supostamente para compensar severas exigências de cunho probatório.

Assim, ao lado dos atos de investigação que formam o catálogo clássico, enunciado em alguns manuais de processo penal (oitiva de testemunhas, apreensão de documentos, exames em objetos etc.), há a concreta antecipação para a etapa preliminar dos momentos decisivos da causa penal e isso, cuja origem nas quatro últimas décadas está localizada no processo penal de emergência, quase sempre conta com a introdução de meios que estimulam ou

32. Idem, p. 140.

33. ZAFFARONI et al. op. cit., p. 65.

34. CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Bogotá: Temis, 2000. vol. II, p. 144-200.

até constrangem o investigado a colaborar com a investigação, recuperando a lógica e os procedimentos inquisitoriais que aparentemente o processo penal abandonara na Europa há duzentos anos.

A ressurreição de atos de investigação dirigidos a obter a cooperação voluntária ou involuntária do investigado (quebra de sigilo das comunicações, delação premiada etc.) é a causa de novas necessidades e exigências funcionais a que devem corresponder, realisticamente, distintas formas de atuação dos agentes envolvidos na persecução penal, cuja transcendência processual de seus comportamentos não pode ser ignorada pela doutrina e, principalmente, pelos tribunais em sua missão de garantir a fidelidade dos procedimentos penais à Constituição.

E a realidade, neste caso, tem-se revelado por meio da "aglomeração quântica de poder"[35] nas mãos dos sujeitos processuais que enfeixam as tarefas preventivas, o que com alguma frequência descamba para o abuso, em um crescente direito penal e processual penal preventivo de que é uma das mais vigorosas ilustrações a delação premiada.

Assinala Schünemann que a transformação das formas de criminalidade, principalmente nos últimos vinte e cinco anos, na Alemanha, tem gerado reações difíceis de desenredar, que colocam em relevo um tipo de processo penal caracterizado pelo fortalecimento das posições processuais de poder das autoridades de prevenção, como referido, ao custo das posições do investigado e da defesa.[36]

Uma acumulação de poderes ou forças processuais (*Gewaltenhäufung*)[37] dessa ordem tende a concentrar poder nas mãos da polícia e/ou do Ministério Público, mas também eventualmente em mãos do juiz, no âmbito de tarefas preventivas. Com muita frequência, isso descamba em um crescente direito pe-

35. Expressão empregada por Bernd Schünemann acerca da rede de persecução penal estabelecida nos marcos das chamadas "Leis de Luta" contra a criminalidade, na Alemanha. SCHÜNEMANN, Bernd. La reforma del processo penal. Madrid: Dykinson, 2005, p. 30.

36. SCHÜNEMANN, Bernd. La reforma... cit., p. 43.

37. SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3.º Milênio. *Direito Penal como crítica da pena:* Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo-Barcelona: Marcial Pons, 2012. p. 634.

nal e processual penal preventivo que combina práticas do subsistema policial e de emergência.

Isso se dá, funcionalmente, no campo da busca da verdade. Neste espaço, no lugar de as autoridades policiais investigarem e o Ministério Público buscar a prova, o sistema investe na simbiose entre o juiz e os órgãos de investigação, substituindo-se a busca da verdade material pela estratégia de obter diretamente do investigado os meios para a afirmação da responsabilidade penal dele próprio e/ou de outrem.

Ao examinar empiricamente esta situação na Alemanha, ao fim dos anos 80, Schünemann observará que estatisticamente entre um quarto e um terço dos processos penais naquele período foram resolvidos mediante acordo e que ao menos na metade deles teria havido prévia prisão preventiva.[38]

A ameaça da prisão preventiva associada a estratégias que, designadas como "efeito hidra", sufocam o investigado e inviabilizam a sua vida econômica, tende a produzir um ambiente de frágil legalidade.[39]

Semeia-se uma nova função para o procedimento da investigação criminal: obter a colaboração de algum ou de todos os investigados. Não raro, o sucesso desta função adicional da investigação criminal depende não apenas da simbiose juiz e autoridades investigadoras, mas também da expansão dos poderes judiciais acumulados na forma de "forças processuais" capazes de manejar a prisão preventiva, busca e apreensão e indisponibilidade de bens como estratégias de convencimento das vantagens do acordo ou da delação.

## 3. A IMPARCIALIDADE DO JUIZ

### *3.1. O juiz natural e a imparcialidade*

Nos dias atuais é um tanto fora de dúvida de que a imparcialidade do juiz configura um dos atributos da jurisdição.

Em seu famoso "Dos delitos e das penas" o Marquês de Beccaria advertia para as situações em que:

38. SCHÜNEMANN, Bernd. La reforma... cit., p. 44-45.

39. Idem, p. 32. O efeito "hidra" se caracteriza por manter as medidas cautelares invasivas atuando permanentemente, em aberto, em busca de fatos delituosos comprováveis mediante os "*achados*" das cautelares anteriores.

> (...) o juiz torna-se inimigo do réu, desse homem acorrentado, à mercê dos tormentos, da desolação, e do mais terrível porvir; não busca [o juiz] a verdade do fato, mas busca no prisioneiro o delito, e o insidia, e se considera perdedor se não consegue, e crê estar falhando naquela infalibilidade que o homem se arroga em todas as coisas. Os indícios para a captura estão em poder do juiz; para que alguém seja provado inocente deve antes ser considerado culpado; chama-se a isso *processo ofensivo*, e são esses, quase por toda parte da Europa ilustrada do século dezoito, os procedimentos criminais. O verdadeiro processo, o *informativo*, a investigação imparcial do fato, aquele que a razão manda, que as leis militares utilizam, usado até mesmo pelos déspotas asiáticos nos processos tranquilos e indiferentes, é pouquíssimo utilizado nos tribunais europeus (grifo do autor).[40]

O juiz não pode ser um *inimigo* do réu, um seu adversário. Para isso, sua imparcialidade é absolutamente essencial.

Em sua tese de Livre Docência, apresentada na Universidade de São Paulo, sobre a garantia do juiz natural no processo penal, Gustavo Badaró, a par de dar ampla notícia da história do princípio do juiz natural, realçará aspecto raramente mencionado pela doutrina brasileira, ao menos pelo ângulo do citado princípio: a condição essencial do elemento imparcialidade do juiz em sua configuração.[41]

São suas palavras:

> Em suma, é fácil perceber que, se houver a intenção séria de se assegurar um juiz de cuja parcialidade não se possa duvidar, por certo, a garantia do juiz natural não pode se limitar a definição do órgão jurisdicional competente, mas deve incluir, também, *a pessoa do juiz*, que irá concretamente exercer a jurisdição no caso concreto. Ou seja, o juiz natural não deve ser apenas uma garantia de prévia definição

40. BECARIA, Cesare (Marquês). Dos delitos e das penas. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 77.

41. BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy. A garantia do juiz natural no processo penal: delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação da competência no direito processual penal brasileiro. Tese de Livre-Docência em Direito Processual Penal apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

> do órgão jurisdicional competente, mas também da pessoa do juiz que irá julgar (grifos do autor).[42]

Segue também por esta trilha Adelino Marcon, que malgrado extraia o dever de imparcialidade da regra constitucional da isonomia ("todos são iguais perante a lei"), assinala que não há como desvencilhar a garantia do juiz natural daquela da imparcialidade do juiz.[43]

Também a doutrina portuguesa reivindica para a imparcialidade especial status, identificando a "dimensão física da alteridade". Em palavras de José Antonio Mouraz Lopes: "o juiz imparcial não pode não ser diferenciado das partes".[44]

Em 2001 sublinhei que "o princípio do juiz natural nunca poderá estar desvinculado da pessoa do juiz", pois que "sem que o identifique na pessoa de um juiz que concretamente presidirá o processo e decidirá a causa, fica totalmente esvaziado".[45]

### *3.2. A imparcialidade, o Pacto de São José da Costa Rica o direito convencional*

O Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 8, I, dispõe:

> Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, *por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial,* estabelecido anteriormente por lei, na apuração

42. Idem, p. 44.

43. MARCON, Adelino. *O princípio do juiz natural no processo penal*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 95-101. E também: CHUMBINHO, João. *A Constituição e a independência dos tribunais*. Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 106; e MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal*: da prevenção da competência ao juiz das garantias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Para o exame da garantia e seu escorço histórico no direito anglo-americano: LANGBEIN, John H. e outros. *History of the Common Law*: the development of Anglo-American Legal Institutions. Aspen Publishers, 2009, p. 208 e 560 e ss.

44. LOPES, José Antonio Mouraz. *A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2005, p. 88.

45. PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em homenagem às ideias de Julio B. J. Maier. *Em torno da jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 38. É igualmente o entendimento de Alberto Binder, processualista penal argentino (*Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999).

> de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para determinarem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (grifo nosso).

E o Pacto de Direitos Civis e Políticos, em seu art. 14, § 1.º, remata:

> Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. *Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial,* estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil(...) (grifo nosso).

Apesar de uma longa história de limitação da garantia do juiz natural exclusivamente a aspectos associados à proibição de juízes e tribunais *ad hoc* e/ou vedação de julgamento por juiz incompetente (art. 5.º, XXXVII e LIII da Constituição da República),[46] a posição dominante nos principais tribunais de direitos humanos integra à citada garantia a imparcialidade do juiz que concretamente haverá de julgar a causa.

Assim, a Corte de Estrasburgo assinala que é sobre o princípio da imparcialidade judicial que está baseada, em boa medida, a confiança do cidadão nos Tribunais de Justiça. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) tem assentado, a partir da doutrina da análise de casos, que há de se produzir vigorosa proteção do direito a um juiz subjetivamente imparcial, "aplicando standard que não reclama que a parte que se considere lesionada credite a existência de um prejuízo subjetivo que se projete em um resultado objetivamente contrastável", mas que é suficiente que a "imagem de imparcialidade do juiz tenha resultado, em termos sociais, afetada".[47]

Com efeito, para a jurisprudência do TEDH "o jogo das aparências tem valor de regra de decisão".[48] Claus Roxin colocará em relevo este aspecto da garantia e destacará que um juiz pode ser recusado por temor de parcialidade quando exista uma razão para justificar a desconfiança sobre sua imparciali-

---

46. Por todos, valem os comentários à Constituição Portuguesa por J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. (*Constituição da República Portuguesa anotada*. 1. ed. brasileira. São Paulo: Ed. RT, 2007, vol. 1, p. 525).

47. GARCÍA, Javier Hernández. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho a un proceso penal equitativo. *Derecho Penal Europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos. Estudios de Derecho Judicial 155 2009*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p. 328-329.

48. Idem, p. 329.

dade. Acrescenta: "Para isso não se exige que ele realmente seja *parcial*, antes bem, alcança com que possa introduzir-se a *suspeita* disso segundo uma valoração razoável" (grifo nosso).[49]

No mesmo sentido tem se pronunciado a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), para a qual a parcialidade, sem embargo de observada apenas objetivamente, invalida por completo o processo penal.[50]

Neste caso a CIDH declarou que o art. 8 do Pacto de São José da Costa Rica compreende diferentes direitos e garantias que têm como propósito resguardar o direito de toda pessoa a um processo justo e assegurar que o Estado garanta judicialmente este direito.

Releva notar que se o Caso Durand y Ugarte *vs* Perú trata em especial da falta de independência dos juízes militares, com reflexo direto na ausência de imparcialidade, o princípio reconhecido é de natureza geral, pois ilumina as características parciais peculiares aos "equivalentes funcionais", características que não desaparecem pela mera concessão do título de juiz aos agentes.

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.[51]

Do conhecido e citado caso Piersack (Sentença Piersack, de 01.10.1982, 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 as-

49. Tradução livre. ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*, 3. reimp. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, p. 43.

50. Caso Durand y Ugarte vs Perú, *in: Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, compilador César Landa Arroyo, Lima, Palestra, 2005, p. 512-513.

51. 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 em duplo dever do juiz: 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, Augustín-Jesús et al. *Derecho Procesal Penal*. 2. ed. Navarra: Civitas, 2010, p. 57).

> pecto 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.[52]

Salienta o catedrático de Direito Penal e juiz do Tribunal Supremo espanhol que, de acordo com pacífico entendimento esposado pelo TEDH, a imparcialidade deve ser garantida objetivamente, mediante a determinação legal das causas de incompatibilidade, e de modo subjetivo, excluindo-se do processo o juiz que nutre sentimentos especialmente adversos relativamente a alguma das partes.[53]

Sem dúvida que o direito processual brasileiro em tese de longa data acolhe a ideia da incompatibilidade, versada, nas palavras de Tornaghi, como "causa da suspeição", que se retira de um quadro em que, necessariamente, não se duvida da honradez do juiz, mas de sua condição psicológica,[54] uma vez que o problema não diz com a retidão moral do magistrado que intervém na investigação, mas com o fato de que a atividade de investigação pode afetar o ânimo do juiz, o que inclui o rito de aperfeiçoamento do ato investigatório, no caso, a delação.

Ao contrário do que afirma em algum momento parte da doutrina brasileira, a preocupação dos tribunais europeus, inclusive o TEDH, com a concentração de poderes em mãos do juiz, capaz de macular objetivamente a sua parcialidade, não é algo peculiar a certos ordenamentos jurídicos (Espanha, França etc.), mas se aplica a todos, sem exceção.

Em verdade, a preocupação e consequente invalidade dos processos penais cujo arco da persecução haja sido dominado pela atuação do juiz, quando esta atuação deve estar reservada à tarefa primeira de decidir, decorre do direito fundamental das partes ao juiz imparcial e isso é invariável qualquer que seja a ordem jurídica, desde que realmente comprometida com o modelo acusatório de processo.

---

52. BOVINO, Alberto. Op. cit., p. 55.
53. BACIGALUPO, Enrique. *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 93.
54. TORNAGHI, Hélio. Op. cit., p. 432-433. Em semelhante quadro a afetação da condição psicológica do juiz é consequência da internalização da certeza da responsabilidade penal do acusado.

É neste quadro que deve ser interpretada a reação do Tribunal Constitucional espanhol às mudanças que em 1967 colheram o processo penal daquele País. Em síntese apertada, a reclamação de falta de juízes e demora nos julgamentos penais levou o legislador espanhol, em 1967 (Lei 3, de 08.04.1967), durante a ditadura Franco, a modificar o comando das etapas prévias ao juízo estabelecido pelo Código de 1882, e concentrar em mãos do juiz instrutor, ao menos hipoteticamente, as funções de investigação e admissibilidade da acusação (preparação do juízo).

Mesmo com alterações pontuais, em 1980, a extraordinária concentração de poderes do juiz instrutor, propiciada pela lei espanhola, levou ao questionamento acerca da capacidade de um procedimento semelhante ensejar condições ideais de imparcialidade.

E todo o fundamento da decisão do Tribunal Pleno (Sentença de 12.07.1988, proc. 145/1988) estribou-se no reconhecimento da *inaptidão* daquela estrutura procedimental para *distanciar* o juiz dos interesses em jogo e assegurar a sua imparcialidade.[55]

Cuidou-se no caso de examinar as condições de possibilidade do *território* onde se exercita a persecução penal, no que toca às atividades que nele o juiz desempenha, para *objetivamente* avaliar se a imparcialidade do juiz poderia estar comprometida.

Neste ponto não há diferença entre o exame abstrato e genérico, no plano do controle de constitucionalidade exercitado pelo tribunal (espanhol), daquele mesmo exame abstrato – e prévio – do legislador brasileiro que em 1941 apreciou as condições de operação dos procedimentos penais e estipulou, à vista dos procedimentos então existentes, os casos objetivos (impedimento, art. 252 do CPP) e subjetivos (suspeição, art. 254 do CPP) de incompatibilidade para o exercício da jurisdição.

### 3.3. *A imparcialidade em relação ao juiz que incentiva a produção da prova pela parte*

A técnica processual é a mesma e é indiferente a circunstância de o objeto da verificação da imparcialidade tratar-se de juizado de instrução ou de alguma outra atividade do magistrado.

55. Para a exata compreensão do caso espanhol: OLIVA SANTOS, Andrés. *Jueces imparciales, fiscales "investigadores" y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*. Barcelona: PPU, 1988.

Com efeito, o que se deve indagar é se, em condições concretas, é razoável supor que a imparcialidade do juiz possa estar comprometida ou de fato esteja afetada por algum comportamento dele porventura estimulado pela própria estrutura procedimental.

Ensina Bovino que "o princípio da imparcialidade exige estrita separação das funções requerente e decisória" de modo tal a tornar ilegítimo todo procedimento que convoque o juiz a intervir ativamente em atividades persecutórias.[56]

Este é o significado da decisão paradigmática do TEDH, sempre citada (Sentença Piersack), e reafirmada em várias oportunidades, como, por exemplo, no caso Cubber contra a Bélgica (Sentença de 26.10.1984), reconhecendo que o fato de o magistrado instrutor possuir também a qualidade de oficial de polícia judicial comprometia objetivamente sua imparcialidade.[57]

A reiterada invocação do TEDH para deliberar sobre o tema revela a tensão por trás das iniciativas legais de fortalecimento e concentração dos poderes processuais em mãos dos juízes, para controlar a criminalidade (função preventiva), a reclamar periódico exame das novas formas procedimentais, assim como de novas práticas que deslocam o juiz da função de órgão de decisão para a de produção da prova, direta ou indiretamente.

O juiz que condiciona a liberdade do imputado à colaboração deste último para a produção de provas que lhe desfavoreçam exercita função inquisitorial e não está, objetivamente, em condições de dirigir o processo.

A se considerar o paradigma acusatório a invalidade do fundamento da prisão, tomado à guisa de exemplo, é evidente. Em palavras compreensíveis ao leigo: "ou você coopera no sentido de trazer as provas que te incriminam ou não será colocado em liberdade".

Sob inspiração do Estado de Direito há muito pouco a ser dito a respeito do exemplo extraído de decisão proferida na Operação Lava Jato, que foi confirmada pelos tribunais. O vínculo funcional entre prova e imparcialidade resulta mais claro sempre que esta é violada com o propósito de se chegar à verdade.

Em termos de dogmática jurídica o contato com a realidade de processos com as características indicadas neste ensaio revela que a insuficiência das vedações impostas à produção da prova de ofício e à própria inexistente au-

56. BOVINO, Alberto. Op. cit., p. 17.

57. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Compilador: Francisco Javier Días Revorio. Lima, Palestra, 2004, p. 496 e ss.

tocontenção do magistrado somente podem ser corrigidas com a exclusão do juiz do processo.

### *3.4. A imparcialidade do juiz e os valores em jogo. O caráter aberto das regras de exclusão do magistrado*

Não raro, os tribunais invocam como vedação para o afastamento do juiz a ausência de previsão legal para determinadas situações em que há justo receio de parcialidade objetiva, olvidando que primeira fonte da previsão das causas de afastamento do juiz é a própria Constituição da República e que os efeitos de seu mandamento de imparcialidade judicial não podem ser contidos por uma defasada regulação infraconstitucional que remonta ao Estado Novo.[58]

Neste momento da história constitucional brasileira, não se trata, pois, de assegurar somente "as regras do jogo" e sim, como frisa Ibáñez, garantir "os valores em jogo".[59]

O TEDH, que amiúde trata do tema, insiste na dimensão constitutiva do valor da imparcialidade do juiz, ressaltando com contundência a "necessidade de os ordenamentos estatais garantirem eficazmente princípios do processo justo tais como a imparcialidade, igualdade de armas e o contraditório".[60]

O agravo à idoneidade do processo penal causado pela parcialidade objetiva ou subjetiva é de tal ordem que, nas palavras do Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal (STF), "se, no curso de uma ação penal, surge ques-

58. No mesmo sentido, BOVINO, Alberto. Op. cit., p. 66: "... *devemos destacar que a regulação dos motivos de afastamento na legislação processual penal é regulamentação de cláusulas constitucionais e de exigências contidas no direito internacional dos direitos humanos*. Por esta razão o legislador não pode decidir livremente – como admite uma das decisões criticadas – que motivos fundamentam o afastamento, por meio de enumeração fechada e taxativa das causas que facultam às partes requerer o afastamento do juiz sob suspeição de parcialidade" (grifo nosso).

59. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Garantismo y Proceso Penal. Coord. Juan Oberto Sotomayor Acosta. Garantismo y Derecho Penal. Bogotá: Temis, 2006, p. 140. Interessante observar, com Ibáñez, que na prática, quanto mais "ofensivo" (e não informativo) é o processo, mais surgem vozes defendendo seu caráter instrumental ("adjetivo"), como que a pretender sanar todas as máculas geradas pelo comprometimento do juiz com funções executivas de repressão penal (parcialidade) Ver na obra citada p. 139.

60. Ver GARCÍA, Javier Hernández. Op. cit., p. 326.

tionamento sobre suspeição ou impedimento do relator, este questionamento pode desafiar o *habeas corpus*".[61]

Dirá Roxin que o temor de parcialidade será observado em várias atitudes do juiz, tais como: criticar a negativa de prestar depoimento, recusar a nomeação de advogado de confiança do acusado ou *anunciar prevenções enérgicas para o processo*.[62] E acrescenta o ilustre professor alemão:

> Las violaciones jurídicas cometidas por el juez en el desarrollo del proceso sólo fundan el temor de parcialidad cuando la medida adoptada por el juez es arbitraría y contradice todo fundamento procesal.[63]

Em sua pesquisa, Schünemann registrou o fato: o emprego da prisão preventiva e das medidas cautelares patrimoniais como estratégia de convencimento do acusado a colaborar. Roxin novamente aduz que há violação jurídica da garantia da imparcialidade quando o juiz anuncia (promete) prevenções enérgicas contra o acusado no processo.

Evidentemente que tudo isso é facilitado pela constituição de formas procedimentais que, atuando funcionalmente orientadas à investigação, influenciam comportamento judicial de apego à repressão, transformando o magistrado em cooperador ou coadjuvante da acusação, quando não esta em coadjuvante do juiz-acusador.

As modalidades procedimentais inexistentes ao tempo da redação original dos arts. 252 e 254 do CPP desafiam o tribunal a interrogar, nos dias atuais, até que ponto estas novas práticas – como a colaboração premiada – propiciam a "acumulação funcional de competências" relevante para comprometer a imparcialidade do juiz.[64]

---

61. Voto emitido no *habeas corpus* 92.893-5 Espírito Santo, Tribunal Pleno. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, publicado em 02.10.2008. Na mesma linha decidiu o Supremo Tribunal espanhol (Sentença de 23.11.2005, caso Colmenero Menéndez de Luarca): *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n. 18, Navarra: Thomson, 2007, p. 239.
62. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 43.
63. Idem, ibidem.
64. Expressão significativa que se extrai do Convênio Europeu de Direitos Humanos e fundamenta as decisões dos tribunais europeus acerca do assunto. Ver: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Augustín-Jesús et al. Derecho Procesal Penal. 2. ed. Navarra: Civitas, 2010, p. 57.

Não custa lembrar a lição de Gimeno Sendra: a atitude inquisitória compromete seriamente a imparcialidade do órgão julgador, atingindo o direito fundamental ao juiz imparcial.[65]

Pesquisas sócio-psicológicas realizadas na Alemanha demonstraram a incidência do efeito "inércia" ou "de perseverança", referido por Schünemann, em razão do qual, destaca o autor, "o juiz analisa o resultado da produção de provas da audiência de instrução e julgamento não mais de forma neutra, mas na direção das hipóteses da acusação, de uma forma, portanto, desfigurada e assimétrica".[66]

## 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Creio que é possível avançar algumas conclusões sobre o tema que contendem com o fundamento da decisão proferida na operação Lava Jato, mencionado no início.

A imparcialidade do juiz é condição de validade do processo e a produção de vigorosa proteção ao direito a um juiz subjetivamente imparcial, "aplicando standard que não reclama que a parte que se considere lesionada credite a existência de um prejuízo subjetivo que se projete em um resultado objetivamente contrastável", tem profundas implicações e consequências.

Não se trata de duvidar da honestidade intelectual do juiz, mas a jurisprudência dos tribunais de direitos humanos, na tutela do direito ao juiz imparcial, firma-se pela hipótese de afastamento, pois que é suficiente que a "imagem de imparcialidade do juiz tenha resultado, em termos sociais, afetada".

O que caracteriza a imparcialidade do juiz é a verificação da "distância legalmente determinada entre o tribunal e as partes" que materialize substancialmente o caráter de árbitro, terceiro desinteressado, que grava a jurisdição nos tempos modernos. Busca-se dessa maneira atribuir o julgamento do caso à pessoa que esteja em condições de fazê-lo com a maior objetividade possível.[67]

No processo penal o jogo das aparências tem valor de regra de decisão.

A reiterada invocação dos tribunais internacionais de diretos humanos para deliberar sobre o tema revela a tensão por trás das iniciativas legais de forta-

65. GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*. 2. reimp. Madrid: Colex, 2006, p. 267.

66. SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit, p. 641.

67. BOVINO, Alberto. Op. cit., p. 51.

lecimento e concentração dos poderes processuais em mãos dos juízes, para controlar a criminalidade (função preventiva), a reclamar periódico exame das novas formas procedimentais.

A política processual não está parada no tempo. Daí que é razoável exigir dos tribunais que atuem por princípios no exame dos casos de alegada violação da imparcialidade dos juízes. A primeira expressão de legalidade a se ter em vista, quando se trata de imparcialidade, é a que deriva da Constituição da República.

Como dito, neste momento da história constitucional brasileira, não se trata, pois, de assegurar somente "as regras do jogo" e sim garantir "os valores em jogo".

As modalidades procedimentais inexistentes ao tempo da redação original dos arts. 252 e 254 do CPP desafiam os tribunais a interrogarem, nos dias atuais, até que ponto determinados institutos – como a colaboração premiada – propiciam a "acumulação funcional de competências" relevante para comprometer a imparcialidade do juiz.

Afinal, a atitude inquisitória de convocar a parte ou interessado a abrir da mão da presunção de inocência afeta de modo indelével a imparcialidade do órgão julgador, atingindo o direito fundamental ao juiz imparcial.

## BIBLIOGRAFIA

AMODIO, Ennio. *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*. Disponível em: [http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/roma20021114/amodio.html]. Acesso em 13 jan. 2013.

ANDRADE, Fábio Martins. *Mídia e poder judiciário: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Garantismo y proceso penal. Coord. Juan Oberto Sotomayor Acosta. *Garantismo y derecho penal*. Bogotá: Temis, 2006.

ARMENTA DEU, Teresa. Principio acusatorio y derecho penal. Zaragoza: Bosch, 1995.

BACIGALUPO, Enrique. *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

_____. A garantia do juiz natural no processo penal: delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação da competência no direito processual penal brasileiro. Tese de

Livre-Docência em Direito Processual Penal apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 42. ano 11. São Paulo: Ed. RT. jan./mar. 2003.

BECARIA, Cesare (Marquês). *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

BOVINO, Alberto. Proceso penal y derechos humanos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.

CANOTILHO, J. J. G; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 1. ed. brasileira. São Paulo: Ed. RT, 2007. vol. 1.

CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona*. Milano: Giuffrè, 1984.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *As garantias constitucionais na investigação criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHUMBINHO, João. *A Constituição e a independência dos tribunais*. Lisboa: Quid Juris, 2009.

CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Bogotá: Temis, 2000. vol. II.

DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la Justicia y el Poder del Estado*: Análisis comparado del proceso legal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*: O "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"? Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Advocacia da liberdade*: a defesa nos processos políticos. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GARCÍA, Javier Hernández. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho a un proceso penal equitativo. *Derecho Penal Europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos. Estudios de Derecho Judicial 155 2009*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*. 2. reimp. Madrid: Colex, 2006.

JEAN-ARNAUD, André; FARIÑAS DULCE, Maria José. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. São Paulo: Renovar, 2000.

KIRCHHEIMER, Otto. *Justicia Política*: empleo del procedimiento legal para fines políticos. México: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1961.

LANGBEIN, John H. e outros. *History of the Common Law*: the development of Anglo-American Legal Institutions. Aspen Publishers, 2009.

LOPES, José Antonio Mouraz. *A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2005.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

MARCON, Adelino. *O princípio do juiz natural no processo penal*. Curitiba: Juruá, 2004.

MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz das garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. *Do princípio do livre convencimento motivado: legislação, doutrina e interpretação de juízes brasileiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

MUÑOZ NEIRA, Orlando. *Sistema penal acusatório de Estados Unidos*. 1. reimp. Bogotá: Legis, 2008.

OLIVA SANTOS, Andrés. *Jueces Imparciales, fiscales "investigadores" y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*. Barcelona: PPU, 1988.

PEÑARANDA LÓPEZ, Antonio. *El proceso penal en España, Francia, Inglaterra y Estados Unidos*: descripción y terminología. Granada: Comares, 2011.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Augustín-Jesús *et al*. *Derecho Procesal Penal*. 2. ed. Navarra: Civitas, 2010.

PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em homenagem às ideias de Julio B. J. Maier. *Em torno da jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das Leis Processuais Penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. 3. reimp. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

_____. Presente y futuro de la defensa en el proceso penal del estado de derecho. *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007.

SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3.º Milênio. *Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo-Barcelona: Marcial Pons, 2012.

_____. La reforma del processo penal. Madrid: Dykinson, 2005.

STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TARUFFO, Michele. La dimensión epistémica de proceso. *Lecciones mexicanas de Derecho Procesal*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. vol. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. vol. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A garantia do juiz natural: predeterminação legal do órgão competente e da pessoa do julgador, de Gustavo Badaró – *RBCCrim* 112/165-188 (DTR\2015\1979);
- Juiz natural e inamovibilidade, de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró – *RBCCRim* 114/501-536 (DTR\2015\9158); e
- O juiz e a gestão da prova no processo penal: entre a imparcialidade, a presunção de inocência e a busca pela verdade, de Miguel Tedesco Wedy e Raul Marques Linhares – *RBCCrim* 119/201-240 (DTR\2016\4872).

85932

# A conexão no processo penal, segundo o princípio do juiz natural, e sua aplicação nos processos da Operação Lava Jato

## *The connection between cases in a criminal case – according to the Natural Judge Principle – and how it was applied in "Lava Jato Operation" cases*

**Gustavo Badaró**

Mestre, Doutor e Livre-docente, em Direito Processual Penal pela USP.
Professor Associado do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP.
Advogado e Consultor Jurídico.
gustavobadaro@usp.br

**Resumo:** O artigo tem por objeto analisar como têm sido aplicadas as regras que tratam da conexão na denominada Operação Lava-Jato. Para tanto, como premissa, serão expostos o conteúdo e os limites dentro dos quais se assegura a garantia constitucional do juiz natural, fazendo a devida releitura das normas infralegais, quando necessário. Com isso, será possível verificar se, de acordo com a legislação ordinária sobre modificação de competência no processo penal, é correto reconhecer a conexão entre todos os processos, das diversas fases da Operação Lava Jato e, em sequência, a conclusão de que o foro de atração é a 13.ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba.

**Palavras-chave:** Juiz natural – Conexão – Operação Lava Jato.

**Abstract:** The goal of this article is to examine how rules have been applied in relation to the connection between cases in the so called "Lava Jato Operation". For this purpose – as a premise- we will introduce the content and the limits which ensure the constitutional guarantee of a natural judge, rereading secondary laws when necessary. By doing so, we will be able to verify whether, according to the ordinary law on jurisdictional changes in a criminal case, it is correct to recognize the connection between all cases, in the various stages of the before mentioned operation, later concluding that the prevailing jurisdiction was the 13th Federal Court of the Judiciary Subsection of Curitiba.

**Keywords:** Natural Judge – Connection – Lava Jato Operation.

Sumário: 1. Introdução: do surgimento da Operação Lava Jato – 2. Da garantia do juiz natural – 3. Da competência por conexão e da continência: natureza jurídica – 4. Das hipóteses de conexão e continência – 5. Dos efeitos da conexão: reunião dos processos e prorrogação de competência – 6. Dos critérios de definição do órgão jurisdicional prevalecente – 7. Dos momentos procedimentais para a reunião dos processos – 8. Da separação facultativa de processo anteriormente reunidos: o art. 80 do CPP – 8.1. Separação de processo anteriormente reunidos – 8.2. A separação do processo e seus efeitos sobre a competência – 8.3. A separação dos processos "por outro motivo relevante" – 9. Conclusão.

Badaró, Gustavo. A conexão no processo penal, segundo o princípio do juiz natural, e sua aplicação nos processos da Operação Lava Jato.
*Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 122, p. 171-204, ago. 2016.

## 1. INTRODUÇÃO: DO SURGIMENTO DA OPERAÇÃO LAVA JATO

Praticamente todo e qualquer ato de corrupção do Governo Federal na última década, envolvendo a empresa Petrobras, está sendo investigado, processado e julgado perante a 13.ª Vara Federal de Curitiba, sob a condução do juiz Sergio Moro. O presente artigo tem por objetivo analisar como vêm sendo aplicadas as regras de conexão e continência, na denominada Operação Lava Jato.

Evidente que, havendo mais de 30 fases da operação, e processos que tramitam tanto em primeiro grau de jurisdição, quanto originariamente junto ao STF, o número de questões concretas envolvendo o tema da competência é elevado, sendo impossível analisar em um artigo todas as complexas questões atinentes a definição da competência da Operação Lava Jato.

Assim, o objetivo é analisar as regras de conexão nos processos de primeiro grau de jurisdição e, em especial, a alegação de que todos os feitos são conexos e, em caso positivo, se a prorrogação da competência deveria se dar em favor da 13.ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba.

Será necessário iniciar por uma breve exposição sobre o surgimento e o desenvolvimento, nos primeiros meses, de tal operação. Para tanto, seguir-se-á o próprio texto redigido pela Força-Tarefa Lava Jato. As denúncias oferecidas nos processos da chamada Operação Lava Jato normalmente trazem, no seu introito, um item sobre a "contextualização das investigações", em que se narra a origem da investigação.

Afirma-se, em cada processo, que tal denúncia é uma continuidade de investigações que tinham por objetivo "apurar inicialmente diversas estruturas paralelas ao mercado de câmbio, abrangendo um grupo de doleiros com âmbito de atuação nacional e transnacional". Mais especificamente, tal investigação apurava, inicialmente, "condutas do 'doleiro" Carlos Habib Chater e de pessoas físicas e jurídicas a ele vinculadas, ligada a um esquema de lavagem de dinheiro envolvendo o ex-deputado federal José Mohamed Janene e as empresas CSA Project Finance Ltda. e Dunel Indústria e Comércio Ltda., sediada em Londrina/PR", que redundou no processo registrado sob o n. 5047229-77.2014.404.7000, em tramite perante a 13.ª Vara Federal de Curitiba.

Essa investigação inicial teve seu objeto ampliado, passando a investigar outros doleiros, que se relacionavam entres si, "mas que formavam grupos autônomos e independentes", o que deu origem a quatro investigações: (i) a própria *Operação Lava Jato* – envolvendo o doleiro Carlos Habib Chater (processo n. 5025687-03.2014.404.7000 e 5001438-85.2014.404.7000);[1] (ii) *Ope-*

1. Sentença proferida em 20.10.2014.

*raçao Bidone* – envolvendo o doleiro Alberto Youssef (processo n. 5025699-17.2014.404.7000); (iii) *Operação Dolce Vitta I e II* – envolvendo a doleira Nelma Mitsue Penasso Kodama (processo nº 5026243-05.2014.404.7000);[2] (iv) e *Operação Casablanca* – envolvendo as atividades do doleiro Raul Henrique Srour (processo n. 5025692-25.2014.404.7000).[3]

Ainda segundo as palavras do Ministério Público Federal:

> Durante as investigações da operação 'Bidone', verificou-se que a organização criminosa capitaneada por Alberto Youssef também participava ativamente da prática de delitos contra a administração pública praticados no seio e em desfavor da Petrobras.
>
> Inicialmente, os crimes teriam sido praticados com relação a Refinaria de Abreu e Lima, em Pernambuco. Dessa investigação, teria sido descoberta a "existência de um grande esquema criminoso envolvendo a prática de crimes contra a ordem econômica, corrupção e lavagem de dinheiro, com a formação de um grande e poderoso Cartel", do qual participaram as principais construtoras do país.

Daí para a frente, os fatos foram acompanhados com grande cobertura midiática, em três dezenas de "operações", sempre sob a competência da 13.ª Vara Federal de Curitiba.

## 2. DA GARANTIA DO JUIZ NATURAL

A análise de toda e qualquer regra sobre competência deve principiar pela verificação de sua compatibilidade com a garantia constitucional correlata do juiz natural.

A Constituição de 1988, em dois dispositivos, assegura a garantia do juiz natural em seu duplo aspecto: de garantia de que ninguém será processado ou sentenciado senão por autoridade judiciária competente (art. 5.º, LIII), e da vedação dos tribunais de exceção (art. 5.º, XXXVII).

Trata-se de garantia integrante do devido processo legal. O juiz natural garantido pela Constituição é aquele que, definido segundo todos os critérios que operam ao longo do processo de concretização de competência, quer fixados pela Constituição, quer por leis federais ou mesmo por leis de organização judiciária, seja o competente para o processo. Ou seja, o juiz natural é o juiz que seja territorial, objetiva e funcionalmente competente. Além disso, as nor-

2. Sentença proferida em 22.10.2014.

3. Sentença proferida em 25.05.2016.

mas que definem o juiz competente devem estabelecer critérios gerais, abstratos e objetivos de determinação de competência, não se admitindo qualquer possibilidade de alteração de tais critérios por atos discricionários de quem quer que seja.

Por outro lado, a necessidade de *determinação* da competência, enquanto um dos elementos integrantes da garantia do juiz natural, exige, segundo ensina Figueiredo Dias, que para cada fato criminoso concreto seja previsto apenas *um único juiz ou tribunal* competente.[4] E a lei que define o juiz competente não pode deixar "qualquer discricionariedade ao sujeito encarregado de aplicá-la".[5]

Com isto estar-se-á assegurando a imparcialidade do julgador, ou melhor, nas palavras de Romboli, haverá certeza de que não se tratará de um juiz escolhido especificamente para aquele processo e, portanto, um juiz que não seja, seguramente, parcial.[6] Em última análise, a garantia do juiz natural assegura a objetividade ou a não manipulação na individualização do juiz.

Para tanto, os critérios de definição e de modificação de competência devem ser predeterminados por lei, *não se admitindo qualquer escolha discricionária na definição do órgão julgador*. Como explica Cordero, "fra i giudici precostituiti vige un ordine tassativo di competenze, che *esclude ogni alternativa risolubile arbitrariamente*".[7] E, em edição posterior, acrescenta: "nessuno può scegliersi il giudice o subire tali scelte".[8]

De forma semelhante, no direito processual penal português, afirma Figueiredo Dias que a exigência de determinação da competência, enquanto postulado do princípio do juiz natural, leva a "*excluir por completo a possibilidade de a acusação escolher o tribunal que lhe pareça mais favorável* à decisão que dele espere".[9] (destaque no original).

Também na Espanha, idêntico posicionamento é defendido por Moreno Cantena: "el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley

4. DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra, 1974 vol. I. p. 329.
5. SCAPARONE, Metello. *Elementi di procedura penale* – i principi costituzionali. Milano: Giuffrè, 1999. p. 55.
6. ROMBOLI, Roberto. *Il giudice naturale*. Studi sul significato e la portata del principio nell'ordinamento costituzionale italiano. Milão: Giuffrè, 1981. p. 132.
7. CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 1966. p. 128-129 (destaquei).
8. Idem. *Procedura Penale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000. p. 111.
9. DIAS, Jorge Figueiredo. Op. cit., p. 333.

debe comprender la *prohibición de la libre elección de órgano judicial*, sea por los litigantes, sea por los órganos de gobierno, sea por los propios jueces".[10]

Em suma, a garantia do juiz natural – juntamente com as hipóteses de impedimento e suspeição – assegura que o acusado não seja processado nem sentenciado por juiz cuja imparcialidade possa correr risco. Sendo a imparcialidade um atributo essencial da função jurisdicional, "o princípio do juiz natural é garantia da própria jurisdição, seu elemento essencial, sua qualificação substancial. Sem o juiz natural, não há função jurisdicional possível".[11]

O STF já extraiu de tal garantia constitucional o seu devido valor, considerando que

> O princípio da naturalidade do juízo representa uma das matrizes político-ideológicas que conformam a própria atividade legislativa do Estado, condicionando, ainda, o desempenho, em juízo, das funções estatais de caráter penal-persecutório". E, prossegue: "assiste, a qualquer pessoa, quando eventualmente submetida a juízo penal, o direito de ser processada perante magistrado imparcial e independente, cuja competência é predeterminada, em abstrato, pelo próprio ordenamento constitucional.[12]

Em suma, além da exigência de predeterminação da competência, a determinação do juiz natural não pode estar sujeita a escolhas discricionárias de quem quer que seja.

A partir dessas premissas é que se passa a analisar as regras de modificação de competência que regem a conexão e a continência.

## 3. DA COMPETÊNCIA POR CONEXÃO E DA CONTINÊNCIA: NATUREZA JURÍDICA

A conexão e a continência são fatores que interferem no processo de concretização de competência para a definição do órgão jurisdicional competente para um determinado caso concreto.

Existem duas posições sobre a natureza jurídica de tais institutos: uma que considera que a conexão e a continência são critérios de determinação de com-

10. CATENA, Victor Moreno. *Prólogo* ao libro. DE DIEGO DÍEZ, Luis-Alfredo. *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*. Madrid: Tecnos, 1998. p. 20.

11. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 39.

12. STF, HC 73.801, 1.ª T., Rel. Min. Celso de Mello, j. 26.06.1996, v.u.

petência,[13] outra que considera que são fatores de modificação ou prorrogação de competência.[14]

Prorrogação de competência é a modificação da esfera concreta de competência de um juiz, aumentando-a. Amplia-se a esfera de competência de um órgão judiciário, atribuindo-lhe competência para um processo no qual não seria normalmente competente (segundo a atuação primária das regras legais), enquanto outro órgão, que abstratamente seria competente para tal caso, deixará de sê-lo.[15] Na conexão há, nas palavras de Nobili, contemporaneamente, uma "subtração" e uma "atribuição" de competência.[16]

Só se subtrai algo que já existe. No caso, uma competência que já está previamente determinada. A conexão e a continência, portanto, não são critérios abstratos de determinação da competência, mas fatores de modificação da esfera concreta de competência do juiz, alterando a competência que decor-

13. Esta é a posição adotada pelo CPP, que, no art. 69 estabelece: "Determinará a competência jurisdicional: (...) V – a conexão ou continência". No mesmo sentido posiciona-se KARAN, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 85-86.

14. Nesse sentido: MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. São Paulo: Saraiva, 1953. p. 276; Idem. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. vol. I. p. 242; TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. vol. 2. p. 155; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. vol. 2. p. 206; LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 498. Em sentido contrário, para Vicente Greco Filho (*Manual de Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 182), a conexão e a continência somente modificam a competência "em abstrato, ou seja, no caminho que se desenvolve antes da fixação definitiva, em concreto. O mesmo posicionamento é defendido por Guilherme de Souza Nucci (*Código de Processo Penal Comentado*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 239-240).

15. Com muita clareza, Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. I. p. 453) explica que: "*Prorrogação* significa aumento, alargamento – tanto quanto o verbo prorrogar quer dizer aumentar, alargar. Pelo fenômeno da prorrogação alarga-se a competência de um órgão jurisdicional, para receber uma causa que originariamente não se incluía nela. A ele associa-se o fenômeno inverso, consistente na diminuição da competência do órgão que seria competente para a causa concretamente atraída àquele. Quanto ao órgão ao qual é subtraída a causa que seria de sua competência, diz-se que há uma *derrogação* de competência".

16. NOBILI, Massimo, Commentario art 25 comma 1.°. *Commentario alla Costituzione a cura di Giuseppe Branca. – arts 24-26, 'rapporti civili*. Roma/Bologna: Zannichelli, 1981. p. 216.

reria apenas da aplicação das regras legais originárias, segundo os critérios territorial e material.

Evidente que há casos concretos em que a conexão também pode modificar a competência em abstrato, fazendo com que um processo seja distribuído, diretamente, para o juiz que se tornou competente em razão da conexão. Por outro lado, há situações em que a conexão ou a continência somente são alegadas no curso do processo, por exemplo, por meio de exceção de incompetência. Neste caso, reconhecido pelo juiz que ele não era competente, uma vez que o crime que lhe competia julgar é conexo a outro, de competência de juiz diverso, que é o foro de atração, deverá remeter o feito a tal juiz. Nesta última hipótese, a conexão implicará a modificação da competência em concreto e não apenas em abstrato.

De qualquer forma, mesmo no primeiro caso, as regras sobre conexão e continência nunca serão bastantes em si para determinar o juiz competente. As regras de competência em razão da matéria, competência por prerrogativa de função e competência territorial, são suficientes para determinar o juiz competente. Já as regras sobre conexão e continência não prescindem de outras regras de competência que, originariamente, determinem o órgão competente, mas que, somadas ou integradas a tais regras de modificação e dos critérios de determinação do órgão prevalecente, indiquem outro órgão competente. Por isso, Taormina as qualifica com "um critério adjuntivo".[17]

A conexão e a continência, enquanto fatores de modificação de competência,[18] são compatíveis com a garantia do juiz natural, desde que suas disciplinas legais se fundem em critérios objetivos e claros que definam, sem qualquer margem para escolhas discricionárias: (1) as hipóteses de conexão e continência; (2) o efeito de reunião dos processos ou de suas separações; (3) o órgão competente para o conhecimento dos processos conexos.[19] Em suma, a conexão e a continência são compatíveis com a garantia do juiz natural, desde que excluam quaisquer formas de discricionariedade na determinação do juiz competente.

17. TAORMINA, Carlo. *Giudice Naturale e Processo Penale*. Roma: Bulzoni, 1972. p. 318.
18. Obviamente, a conexão não terá influência no problema de competência e, consequentemente, na garantia do juiz natural, no caso em que os crimes conexos ou em que haja relação de continência pertençam todos ao mesmo juiz competente.
19. DE DIEGO DÍEZ, Luis-Alfredo. Op. cit., p. 159. No mesmo sentido: GIMENEZ, Ignacio Díez-Picazo. El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por ley. *Revista Española de Derecho Constitucional*. n. 31. jan./abr. 199. p. 119. Na doutrina italiana: NOBILI, Massimo. Op. cit., p. 215.

A determinação legal da competência implica a existência de critérios normativos objetivos, que não permitam escolhas discricionárias de quem quer que seja, e que apontem, ao final do processo de concretização da competência, para um único juiz competente. Do mesmo modo, no caso de conexão, as regras sobre competência não podem ter como consequência que o juiz natural seja um *ou* outro. No caso, o juiz originariamente competente *ou* o juiz competente em razão dos critérios de conexão ou continência. Se realmente há conexão entre duas infrações ou continência entre os crimes praticados em concurso, o juiz competente, previamente determinado, é o juiz cuja relação de adequação legítima para julgar o feito decorre das regras de competência, no caso, regras originárias de determinação, mais as regras de modificação e, por fim, os critérios de atração.[20] Ou seja, ainda que em razão de um processo mais elaborado e longo de concretização da competência, que considera, em um primeiro momento, as regras originárias ou normais de fixação de competência e, numa segunda etapa, as regras de modificação de competência decorrentes da conexão ou continência, o juiz competente será o juiz de um dos feitos conexos, que, segundo os critérios legais, deverá receber os demais feitos. Assim, ainda que em decorrência de "un sistema complesso" haverá, como destaca Bielle um único juiz natural originariamente competente para conhecer unitariamente do fato criminal, que apenas foi casualmente separado em diversos procedimentos.[21]

Para melhor compreender, o juiz predeterminado por lei pode decorrer de um esquema mais simples: *juiz competente* = juiz decorrente de regra de *determinação de competência*; ou mais complexo: *juiz competente* = critérios de *determinação de competência* + critério de *modificação* + critério de *atração*. Justamente, por isso, Germano Marques Silva afirma que a competência por conexão "representa um desvio às regras normais da competência".[22] De qualquer forma, em ambas hipóteses, haverá um juiz determinado e somente ele será o juiz competente, no primeiro caso, para o processo, ou no segundo, para os processos.

---

20. Como explica Dinamarco (Op. cit., p. 429), "no trinômio *determinação-modificação-concentração* reside a dogmática da competência em cada ordem jurídico-processual. A jurisdição só se considera *concretizada* quando, por aplicação de todas as normas *determinadoras* da competência, em associação às normas modificadoras ou de concentração eventualmente pertinentes, chega-se a conhecer o órgão que efetivamente processará e julgará a causa tomada em consideração" (destaques no original).
21. BIELLI, Daniele. *Competenza per connessione*. Milano: Giuffrè. 1985, p. 85.
22. SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. Lisboa: Verbo, 2000 vol. I. p. 193.

Exemplificado com uma situação em que a conexão modificaria a competência territorial, pode se imaginar um crime de lavagem de dinheiro ocorrido em São Paulo, e uma corrupção de funcionário público federal consumada em Brasília. Há conexão entre ambos os delitos, nos termos do art. 76, III, do CPP. Sendo a pena do crime de corrupção mais grave que a da lavagem de dinheiro (art. 78, II, *a*), haverá prorrogação da competência do juízo da Seção Judiciária do Distrito Federal, que passará a ser competente para julgar o crime de lavagem de dinheiro praticado em São Paulo, que originariamente era competente para o julgamento do crime da Lei 9.613/1998. De modo mais simples, o Juiz de Brasília teve sua esfera de competência ampliada em detrimento do de São Paulo. Nesse contexto, o juiz natural, competente segundo as regras de competência decorrentes dos critérios originários de competência, mais os fatores de modificação da competência, é o juiz de Distrito Federal. Contudo, admitir que tal juiz, com base em critérios puramente discricionários, possa escolher se os processos conexos continuarão ou não unidos, significa dar-lhe poder para determinar, *ex post factum*, quem será o juiz competente para julgar o crime de branqueamento de capitais. Admitida a conexão com a consequente união dos feitos, será ele o juiz competente. Negada a conexão, os processos tramitariam separadamente e o juiz competente para o crime de branqueamento seria o juiz de São Paulo.

Se o juiz pudesse negar, discricionariamente, não admitir a ocorrência de conexão e, consequentemente, não julgar o crime conexo de lavagem de dinheiro, tal delito não seria processado por seu juiz natural. Se de fato há conexão, o juiz natural de ambos os crimes, segundo os critérios legais de competência, incluindo os de fixação e de modificação, era o de Brasília. Portanto, não é correta a conclusão de que a discricionariedade em não reconhecer a conexão e, em consequência, reunir os feitos, não fará com que o crime conexo não atraído "permaneça" sendo processado perante o seu juiz natural originário. Ao contrário, fará com que o processo seja julgado por um juiz que não era o juiz natural da causa, segundo o critério territorial de competência (CPP, art. 70, *caput*), com a posterior incidência da modificação decorrente da conexão (CPP, art. 76, III, c.c. art. 78, II, *a*).

Em suma, a conexão e a continência, como fatores de modificação de competência, são compatíveis com a garantia do juiz natural e sua aplicação implica, assim como os critérios de determinação de competência, que haja apenas um único juiz competente para julgar os crimes conexos ou em relação aos quais haja continência.

## 4. DAS HIPÓTESES DE CONEXÃO E CONTINÊNCIA

O CPP define como hipóteses de ocorrência de conexão algumas situações em que há pluralidade de infrações, concomitantemente ou não, com pluralidade de agentes. Para que se respeite a garantia do juiz natural, as hipóteses de conexão devem estar definidas em lei de forma precisa, com base em critérios não ambíguos, impedindo que se possa, discricionariamente, determinar a ocorrência ou não de tal fator de modificação de competência.

A conexão intersubjetiva, prevista no inc. I do art. 76 do CPP costuma ser subdivida em conexão intersubjetiva por *simultaneidade*, por *concurso* e por *reciprocidade*. E o inc. II do mesmo artigo trata da denominada conexão objetiva ou teleológica, quando "duas ou mais infrações houverem sido praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas" (p. ex.: o crime de lavagem de dinheiro em relação ao crime de corrupção). Tais hipóteses parecem suficientemente claras",[23] e não demandam maior análise para o fim de verificar os problemas de competência surgidos na "Operação Lava Jato".[24]

Já o inc. III é bem mais problemático, em termos de garantia do juiz natural, pela grande abertura da hipótese caracterizadora da conexão. Há a conexão instrumental ou probatória, "quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração". A expressão "influir" é demasiadamente ampla, até mesmo porque não se define o grau de influência necessária para caracterizar o nexo entra as infrações a impor a união dos processos.[25]

Numa busca de delimitação de tal conceito, parte da doutrina tem entendido que não basta qualquer influência, sendo necessário que haja uma relação de

23. MARQUES, José Frederico . *Da competência,* cit., p. 289; Idem. *Tratado*, cit., p. 375.

24. Para uma análise da compatibilidade de tais critérios com a garantia do juiz natural, cf. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz Natural no Processo Penal*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 347-349.

25. Prova da vagueza e amplitude do conceito é o comentário feito por Inocêncio Borges da Rosa (*Comentários ao Código de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1982. p. 181): "na conexão instrumental, também chamada conexão probatória, a ligação dos pressupostos depende do *prudente critério* do juiz, pois se trata do laço mais tênue de ligação entre os dois fatos" (destaques nossos). Ora, "prudente critério" é discricionariedade e, como tal, incompatível com a garantia do juiz natural.

prejudicialidade entre os delitos.[26] Assim, a conexão probatória ou instrumental encontraria seu fundamento na "*manifesta prejudicialidade homogênea*".[27] O exemplo sempre lembrado é o da conexão entre o furto e a receptação, dado que, para se condenar o receptador é preciso provar que a coisa adquirida era produto de crime. Assim, o furto é prejudicial em relação à receptação, pelo que ambos devem ser apreciados conjuntamente.[28]

---

26. Diverso é o ponto de vista de Bielle (*Competenza per connessione*, cit., p. 88), ao analisar a regra análoga do art. 45, comma 1.°, CPP italiano de 1930, que previa a conexão "se la prova di un reato o di una circostanza di esso influisce sulla prova di un altro reato o una sua circostanza". Embora reconheça a "discricionalità che introdurrebbe nella valutazione giudiziale sulla 'influenza' o meno della prova", conclui que "il *rischio della discrezionalità*, ad una lettura costituzionale, non sussiste, poiché il significato della 'influenza' di una prova su un'altra non può che essere *inteso come 'rapporto'*, quindi esattamente rilevabile senza possibilità di arbitrio; ovviamente l'espressione *de iure condendo* può essere opportunamente migliorata" (destaques nossos).

27. TOURINHO FILHO. Op. cit., p. 261. No mesmo sentido, PEDROSO, Fernando de Almeida. *Competência penal: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 87-88. Em sentido contrário, ampliando a aplicação do dispositivo, posiciona-se LOPES JR, Aury. (Op. cit., p. 500-501): "Importa aqui essa relação de natureza probatória (a prova de um crime influi na prova do outro) ou de prejudicialidade (quando a existência de um crime depende da existência prévia de outro) (...) Essa é, sem dúvida, a conexão mais ampla, pois o interesse probatório vai muito além de qualquer relação de prejudicialidade penal. Importa aqui a relação probatória, onde uma prova pode servir para o esclarecimento de ambos os crimes. Demonstrado esse interesse probatório, deve-se relativizar a questão da prejudicialidade, e reunir tudo para julgamento (e instrução) único".

28. Na jurisprudência, a questão foi analisada com precisão pelo STF: "Trata-se, a conexão instrumental – ao contrário ao que a prática forense dela tem feito –, de um vínculo objetivo entre os crimes, 'que se insinua por entre as infrações em si mesmas'. É ler o preceito legal. Não se contenta ele com mera utilidade probatória da reunião de ações, como a prática forense tende a fazer. Assim, por exemplo, se se estivesse investigando vários homicídios atribuídos a jagunços contra posseiros ou invasores de terra, no Bico do Papagaio, talvez fosse muito útil que, para caracterizar a ambiência, as causas da violência naquela região, por tais questões de terra, que se unissem os vários processos. Mas isso não é a conexão instrumental que o Código autoriza, como está claro no inciso III do art. 76. Existe a conexão, que se diz processual ou instrumental, 'quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração'; não é qualquer circunstância de uma infração que caso seja útil, concretamente, ao deslinde das circunstâncias de outras que determinará essa conexão instrumental. Um exemplo típico, que se enquadra perfeitamente no texto legal, é o da reunião, num mesmo processo, da ação penal

Não é este, contudo, o posicionamento que tem prevalecido. Aceita-se que meras influencias, ainda que longínquas de uma causa na outra, justifique a conexão.[29] O perigo é que quanto mais elástica for a interpretação sobre ocorrência de conexão, com maior facilidade se poderá burlar a garantia do juiz natural. Como adverte Conso, a conexão deve ser reduzida a poucos casos, "extremamente claros através de indicações precisas, senão automáticas", somente se devendo aceitar a conexão nos casos seguramente predeterminados pelo legislador, para que obedeça ao princípio do juiz pré-constituído por lei.[30]

Uma posição corretamente restritiva pode ser encontrada em importantíssimo acórdão, o STF negou que qualquer influência justifica a conexão, e negou a unidade ontológica entre as diversas "fases" da chamada "Operação Lava Jato":

> 12. Os ilícitos em apuração nos procedimentos encaminhados pelo juízo da 13.ª Vara da Seção Judiciária do Paraná se referem, dentre outros fatos, a repasses de valores por empresa prestadora de serviços de informática na gestão de empréstimos consignados de servidores federais, no âmbito do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com a utilização, em tese, de notas fiscais falsas e de empresas de fachada. 13. Não há relação de dependência entre a apuração desses fatos e a investigação de fraudes e desvios de recursos no âmbito da Petrobras, a afastar a existência de conexão (art. 76, CPP) e de continência (art. 77, CPP) que pudessem ensejar o *simultaneus processus*, ainda que os esquemas fraudulentos possam eventualmente ter um operador comum e destinação semelhante (repasse de recursos a partido político

---

por furto com a correspondente receptação de coisa: aí, *a prova de uma infração é pressuposto da existência da outra*, influirá na prova dessa infração acessória" (STF, HC 67.769/SP, 1.ª T., Rel. Min. Celso de Mello, rel. p/ ac., Min. Sepúlveda Pertence, j. 28.11.1989, m.v.).

29. Destaque-se, por outro lado, impondo algum limite a tal "influência", que o STF entendeu que "a conexão intersubjetiva ou instrumental decorrente do simples encontro fortuito de prova que nada tem a ver com o objeto da investigação principal não tem o condão de impor o *unum et idem judex*", bem como que "o simples encontro fortuito de prova de infração que não possui relação com o objeto da investigação em andamento não enseja o *simultaneus processus*" (STF, RHC 120.379/RO, 1.ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 26.08.2014, v.u.).

30. CONSO, Giovanni. Relazione introduttiva. *Connessione di procedimenti e conflitti di competenza* (Atti del Convegno di studio "Enrico de Nicola" – Problemi attuali di diritto e procedura penale. Trieste-Grignano, 3-5 ottobre, 1975), Milano: Giuffrè, 1976, p. 11.

> ou candidato a cargo eletivo). 14. O fato de a polícia judiciária ou o Ministério Público Federal denominarem de 'fases da operação Lava-jato' uma sequência de investigações sobre crimes diversos – ainda que sua gênese seja a obtenção de recursos escusos para a obtenção de vantagens pessoais e financiamento de partidos políticos ou candidaturas – não se sobrepõe às normas disciplinadoras da competência. 15. Nenhum órgão jurisdicional pode-se arvorar de juízo universal de todo e qualquer crime relacionado a desvio de verbas para fins político-partidários, à revelia das regras de competência.[31]

Em suma, o único critério problemático entre as hipóteses de conexão e continência é o caso da conexão probatória ou instrumental, do inc. III do art. 76, que facilmente pode ser utilizada para violar a garantia do juiz natural. No caso da Operação Lava Jato, a conexão probatória tem sido invocada, sem maiores aprofundamentos, como justificativa para a ocorrência de conexão, a justificar a unidade da Operação Lava Jato. O problema, contudo, como se verá, é que se afirma haver conexão e a prorrogação da competência da 13.ª Vara Federal de Curitiba, mas não se aplica os efeitos da conexão!

## 5. DOS EFEITOS DA CONEXÃO: REUNIÃO DOS PROCESSOS E PRORROGAÇÃO DE COMPETÊNCIA

A conexão e a continência implicam a reunião dos processos[32] que tenham por objeto os crimes conexos ou em relação de continência. Aliás, a razão de ser da conexão é possibilitar a mudança de competência para que dois ou mais feitos por crimes que tenham relação entre si sejam julgados conjuntamente. O art. 79, *caput*, do CPP, impõe a formação do *simultaneus processus*: "a conexão e a continência imporão a unidade de processo e de julgamento". Como claramente previsto na regra, há obrigatoriedade de formação do processo único no caso de conexão e continência. Não se trata de uma simples faculdade ou de poder discricionário. Se o juiz tivesse o poder discricionário de decidir se um determinado processo conexo com outro deveria continuar a permanecer sujeito a um juiz, ou ao outro, seria ele o árbitro de determinar quando se de-

31. STF, Inq 4.130 QO/PR, Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 23.09.2015, v.u.

32. A expressão reunião foi empregada em sentido amplo. Embora o art. 79 se refira à "unidade de processo", há casos, todavia, em que não haverá reunião, posto que se os crimes conexos já forem identificados na fase de investigação, serão objetos de um único processo. Nesta hipótese haverá uma "união inicial".

veria ou não prorrogar a competência, o que seria incompatível com a garantia do juiz natural.[33] Se o juiz considera que há conexão ou continência, a regra é impositiva e a união dos processos obrigatória.[34]

As exceções legais à regra da unidade processual estão previstas nos incs. I e II do *caput* do art. 79. A não reunião também é impositiva, sendo equivocado considerar tratar-se de simples faculdade judicial. A norma é clara e impositiva no sentido de que, em tais situações, os processos não serão reunidos. Não haverá reunião de processos nos casos de concurso entre a jurisdição comum e a militar (inc. I), ou entre a jurisdição comum e a do juízo de menores (inc. II).[35]

Fica claro, portanto, que o principal efeito da ocorrência da conexão, que é a formação da unidade processual, não tem se verificado nos processos da Operação Lava Jato. Ao contrário, o que se verifica é a cisão da operação em dezenas de "fases" e, mesmo em relação aos processos de uma mesma fase, não raro há cisão de processos. Há casos, inclusive, que até mesmo em crime de concurso necessário, como organização criminosa, não há tramitação, em um único processo, de todos os acusados de tal delito.

## 6. DOS CRITÉRIOS DE DEFINIÇÃO DO ÓRGÃO JURISDICIONAL PREVALECENTE

Se há conexão ou continência (CPP, art. 76 e 77) seu efeito, em regra, será a reunião dos processos (CPP, art. 79, *caput*). Resta saber quem irá julgar os feitos reunidos. O art. 78 do CPP estabelece as regras de definição do foro prevalecente, isto é, daquele que irá ganhar competência, tendo sua esfera de atuação ampliada, em detrimento do foro que irá perder competência. Tais

33. TAORMINA. Op. cit., p. 337.

34. MARQUES, José Frederico. *Da competência*, cit., p. 292.

35. Também não apresenta qualquer problema, em face da garantia do juiz natural, o disposto no § 1.º do art. 79 do CPP, que excepciona unidade processual, estabelecendo que os feitos conexos poderão ser separados "se, em relação a algum corréu, sobrevier o caso previstos no art. 152". Este último artigo trata do acusado que adquire doença mental superveniente ao processo, que deverá ficar suspenso. Obviamente, havendo corréu, o processo será desmembrado, prosseguindo em relação ao acusado mentalmente são. As hipóteses de separação dos processos, prevista no § 2.º do art. 79 do CPP, não implicava alteração da competência, mas apenas a separação de processos, sem interferência na garantia do juiz natural. Ante as alterações provocadas pela Lei n.º 11.689/08, nenhuma destas situações pode mais ocorrer. Sobre o tema, cf.: BADARÓ, Gustavo Henrique, Tribunal do Júri – Lei 11.689, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As Reformas no Processo Penal. As novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 165.

regras satisfazem a exigência de certeza e determinação dos critérios de fixação de competência e de modificação da competência.

O inc. I do art. 78 estabelece que "no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri". Nem poderia ser diferente, na medida em que, sendo a competência do júri um imperativo constitucional (CR, art. 5.º, XXXVIII, letra *d*), regras infraconstitucionais não poderiam afastá-la.

Por sua vez, o inc. II do art. 78 do CPP prevê quais são os critérios de atração entre os crimes, para a definição do foro prevalecente:

> no concurso de jurisdições de mesma categoria:[36] a) preponderará a do lugar da infração, à qual for cominada *pena mais grave*; b) prevalecerá a do lugar em que houver ocorrido o *maior número de infrações*, se as respectivas penas forem de igual gravidade; c) firmar-se-á a competência pela *prevenção*, nos demais casos.

As alíneas do inc. II do art. 78 não são alternativas, mas sim subsidiárias. Há uma hierarquia entre elas, devendo inicialmente prevalecer a alínea *a*, e somente se esta não dirimir a questão, por ambos os processos terem penas máximas de igual gravidade, passa-se para a alínea *b*, que considera, então, subsidiariamente, o número de infrações cometidas. E, finalmente, se os crimes forem de mesma gravidade e em igual número, somente neste caso é que o magistrado deverá se valer da alínea *c* e considerar a prevenção critério definidor do foro prevalecente para a reunião dos processos.

Quanto a hipóteses da alínea "a", tem prevalecido o entendimento de que, com relação à alínea *a*, por infração mais grave deve se considerar aquela cuja pena é de *natureza* mais grave. A pena mais grave é a privativa de liberdade, depois a restritiva de direitos e, por último, a pena de multa.[37] Por outro lado, en-

36. Segundo Frederico Marques (*Da competência*, cit., p. 295), "as Jurisdições, quanto à categoria, se distinguem, como já exposto, em jurisdição superior e jurisdição inferior". No mesmo sentido posiciona-se Hélio Tornaghi (*Comentários*, cit., p. 182): "Jurisdição, nos ns. II e III, significa grau hierárquico. São da mesma jurisdição dois juízes de direito. A jurisdição do Tribunal de Justiça é de categoria superior à do juiz de direito".

37. Frederico Marques (*Da competencia*, cit., p. 287; *Tratado*, cit., p. 383), que ainda acrescenta: "quando houver cominação de pena alternativa, a pr/evalência se regulará pela pena de natureza mais grave dentre as cominadas abstratamente". No mesmo sentido: TORNAGHI, Hélio. *Comentários*, cit.; Idem. *Instituições*, cit., p. 165. A expressão pena alternativa se refere à cominação alternada de espécies de pena, por exemplo, reclusão, de ... a ..., *ou* multa. Não se trata, pois, de pena restritiva de direi-

tre as privativas de liberdade, a pena de reclusão é mais grave que a detenção, e esta se sobrepõe à prisão simples. Se ambas as penas forem de mesma natureza (p. ex.: privativas de liberdade) e espécie (p ex.: "reclusão ou detenção"), a mais grave será a de maior duração, segundo o limite máximo abstratamente cominado.[38] Se as penas máximas cominadas forem iguais, deve prevalecer, para atrair a competência, a infração de maior pena mínima.[39]

Em tese, no caso de crimes de competência de primeiro grau, esse deveria ser o critério prevalecente. Todavia, esse critério tem sido ignorado. Basta analisar o seguinte passo da sentença proferida no processo nº 5025687-03.2014.404:

> não só da conexão entre as ações penais originadas da assim denominada Operação Lavajato, que iniciou-se com apuração de crime de lavagem de dinheiro consumado em Londrina/PR, mas também porque, no presente feito, os crimes narrados na denúncia de *evasão de divisas* e de *lavagem de dinheiro* tiveram *sua consumação ou seu último ato de execução no Brasil em Curitiba/PR,* com o depósito de valores provenientes do *tráfico internacional de drogas* em conta de empresa

---

tos que, desde a Lei 9.714/1998, a doutrina e a jurisprudência passaram a denominar "penas alternativas".

38. Nesse sentido: FARIA, Bento de. *Código de Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1960. vol. I. p. 132; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965. vol. II. p. 167; MARQUES, José Frederico. *Da competência*, cit., p. 297; Idem. *Tratado*, cit., p. 383; TORNAGHI, Hélio. *Comentários*, cit., p. 182; Idem. *Instituições*, cit., p. 164. De forma semelhante posiciona-se ALBUQUERQUE, Xavier de. *Aspectos da Conexão*. Tese (Titular). Faculdade de Direito do Amazonas. Manaus, 1956. p. 81: "Para a aferição da gravidade da pena há de ser considerada a gradação abstrata contida na parte cominativa da norma penal substantiva, sendo que em primeiro lugar se atentará para a sua natureza (critério qualitativo) e em segundo para a sua duração (critério quantitativo)". Nesse sentido, na jurisprudência: STF, RHC 116.712/RG, 2.ª T., Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27.08.2013, v.u. Em sentido contrário posiciona-se LOPES JR, Aury. *Direito*. Op. cit., p. 117: "Mas, e se um crime tiver uma pena de 1 a 6 anos e o outro de 2 a 4 anos, qual é a mais grave? Aquele cuja *pena mínima é mais elevada*" (destaques nossos).

39. Nesse sentido: MARQUES, Frederico. *Da competência*, cit., p. 297; Idem. *Tratado*, cit., p. 383; TORNAGHI, Hélio. *Comentários*, cit., p. 182. No mesmo sentido, na doutrina estrangeira: SILVA, Germano Marques da, *Curso*. Op. cit., p. 203, nota 1; BIELLE. Op. cit., p. 75; TRANCHINA, Giovanni. I Soggetti. In: SIRACUSANO, Delfino; GALATI, Antonino; TRANCHINA, Giovanni; ZAPPALÀ, Enzo. *Diritto processuale penale*. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1996. vol. I. p. 103; MOLARI, Alfredo. I Soggetti. In: PISANI, Mario et. al. *Manuale di Procedura Penale*. 8. ed. Bologna: Monduzzi, 2008. p. 35.

> de fachada mantida em Curitiba, especificamente, conta de Gilson M. Ferreira ME, mantida no Banco Itaú, Agência Xaxim em Curitiba/PR. Quanto ao crime de tráfico internacional de drogas, embora os 698 kg de cocaína tenham sido apreendidos em Araraquara/SP, falece à Vara Federal daquela cidade competência para processar e julgar crime de lavagem de dinheiro, prevalecendo, portanto, a competência material deste Juízo especializado sobre a lavagem de dinheiro consumada ou executada em Curitiba, atraindo, por conexão óbvia, o crime antecedente de tráfico de drogas. Assim, ao contrário do argumentado pelas Defesas, a competência deste Juízo é clara e cristalina para o processo e julgamento da presente ação penal.[40]

Entre os três delitos supracitados, o de maior gravidade é o tráfico de drogas, cuja pena máxima é de 15 anos (Lei 11.343/2006, art. 33, *caput*). Já a pena máxima cominada para a lavagem de dinheiro é de 10 anos (Lei 9.613/1998, art. 1.º, *caput*) e a da evasão de divisas é de 6 anos (Lei 7.492/1986, art. 22). Ou seja, ainda que fossem conexos todos os crimes objetos dos processos da Operação Lava Jato, o foro de atração, em relação aos processos de primeiro grau, mesmo que de competência de comarcas ou subseções judiciárias distintas, em razão da regra geral do *forum commissi delicti* (CPP, art. 70, *caput*), deveria ser, segundo o critério primário, o local da consumação do crime mais grave, que não foi a Subseção Judiciária de Curitiba!

O inc. III do art. 78 dispõe que "no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação". A hipótese ocorre no caso de concurso de agentes, em que somente um ou alguns dos acusados gozem de foro por prerrogativa de função (p. ex.: um prefeito municipal e um funcionário público que se apropriem de bens públicos). Assim, a "jurisdição" de segundo grau (*rectius*, a competência por prerrogativa de função), no caso, o Tribunal de Justiça, que originariamente tem competência para julgar os prefeitos municipais (CR, art. 29, inc. X), é de "diversa categoria" e de "maior

40. Sentença proferida em 20.10.2014, na qual se justifica, em síntese, que a competência da 13.ª Vara Federal de Curitiba decorreria, "não só da conexão entre as ações penais originadas da assim denominada Operação Lavajato, que iniciou-se com apuração de crime de lavagem de dinheiro consumado em Londrina/PR, mas também porque, no presente feito, os crimes narrados na denúncia de evasão de divisas e de lavagem de dinheiro tiveram sua consumação ou seu último ato de execução no Brasil em Curitiba/PR, com o depósito de valores provenientes do tráfico internacional de drogas em conta de empresa de fachada mantida em Curitiba, especificamente, conta de Gilson M. Ferreira ME, mantida no Banco Itaú, Agência Xaxim em Curitiba/PR".

graduação" que a do juiz de primeiro grau, competente para julgar o funcionário público. Neste caso, prevalecerá a jurisdição do Tribunal, fixada constitucionalmente, que atrairá a competência para o julgamento tanto do acusado que goza do foro por prerrogativa de função, quanto do acusado que deveria ser julgado pelo juiz de primeiro grau (isto é, o Tribunal de Justiça julgará o prefeito e o funcionário público).[41] Neste caso não haverá violação de regras constitucionais de competência, posto que a competência do juiz de primeiro grau para julgar o cidadão comum não tem natureza constitucional.

Tal regra, porém, não pode ser aplicada de maneira absoluta. No caso de "jurisdições de categorias diversas", ambas previstas constitucionalmente, também não poderá ser aplicada a regra de *vis attractiva* do art. 78, inc. III, CPP. Os foros por prerrogativa de função são previstos, em regra, pela Constituição da República, salvo raríssimas hipóteses de fixação de competência originária dos Tribunais de Justiça nas Constituições Estaduais. Por outro lado, é possível que haja conexão ou continência envolvendo duas pessoas, sendo que ambas gozem de foro por prerrogativa de função, previsto constitucionalmente, mas atribuído a tribunais de graduações distintas. Por exemplo, um crime de corrupção praticado em concurso por um Governador e por um Deputado Federal. Neste caso, tanto a competência do STJ para julgar o Governador, quanto a competência do STF, para julgar o Deputado Federal, têm assento constitucional (CR, art. 29, X, e art. 102, I, letra *a*, respectivamente). Não havendo previsão constitucional determinando qual o foro prevalecente, e tendo cada um dos acusados o direito ao seu juiz natural, no caso, fixado por regras constitucionais, um critério infraconstitucional que estabeleça a competência prevalecente não poderá afastar uma ou outra regra constitucional de determinação de competência. Outro caminho não haverá, senão a separação dos feitos, sendo cada um julgado por seu tribunal constitucionalmente competente.[42]

---

41. Tal posicionamento foi acolhido pela Súmula 704 do STF: "Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados". Em sentido contrário, entendendo que a regra não pode ser aplicada, posto que a competência de maior graduação é definida em razão da prerrogativa de função e, logo, trata-se de competência absoluta e improrrogável: Nucci, *Código* ..., cit., p. 249.

42. Nesse sentido: BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Competência Criminal*. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 412-413. Em sentido contrário posiciona-se Greco Filho (*Manual*. Op. cit., p. 184), considerando que prevalece "o tribunal de maior hierarquia, se

Referido dispositivo tem incidência, contudo, nos casos de conexão ou continência tendo o acusado foro por prerrogativa de função, o que no caso da Operação Lava Jato tem se dado, notadamente em relação ao Supremo Tribunal Federal, mas a questão não será analisada no presente artigo.

Finalmente, o inc. IV do art. 78 prevê que "no concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta". A concorrência de jurisdições se refere à Justiças diversas, e não a juízos especiais de uma determinada Justiça.[43] A "Jurisdição comum" a que se refere o dispositivo é composta pela Justiça Estadual e pela Justiça Federal. A Justiça Militar da União, a Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho são "jurisdições especiais". Todavia, diante da CR de 1988, o dispositivo será de aplicação mais restrita do que à primeira vista possa parecer. Isso porque, como já visto, não pode haver reunião de processo, por conexão ou continência, no caso em que concorram Justiças com competências constitucionalmente definidas. Assim sendo, o art. 78, inc. IV, do CPP, somente tem aplicação no caso de concurso entre um crime de competência da Justiça Comum dos Estados e outro da Justiça Eleitoral, uma vez que as regras constitucionais não definem, expressamente, as competências de tais Justiças, relegando tal tarefa para a legislação infraconstitucional.

De outro lado, tanto a Justiça Estadual quanto a Federal são jurisdições comuns[44] e, como tais, entre elas não pode ter incidência a regra do inc. IV do art. 78 do CPP. Todavia, é tranquilo o entendimento contrário, no sentido de que havendo conexão de crime de competência da Justiça Federal com crime de competência da Justiça Estadual, aquela será a Justiça prevalecente.[45] A

houver um ou mais de um acusado com prerrogativa de função". Nesse mesmo sentido, cf., ainda, OLIVEIRA, Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 287. Nesse último sentido posicionou-se o STF, reconhecendo sua competência para julgar tanto um desembargador quanto um membro do Ministério Público, acusados de delitos conexos: STF, HC 91.437/PI, 2.ª T., Rel. Min. Cezar Peluso, j. 04.09.2007, v.u.

43. Como explica Tornaghi (*Comentários*, cit., p. 182), "No n. IV, a palavra *jurisdição* significa ramo do Poder Judiciário: jurisdição militar, jurisdição eleitoral, jurisdição trabalhistas, etc.".

44. Como explica Frederico Marques (*Manual*, cit., p. 97), "a Justiça Federal a que faz menção o art. 92, III, da Constituição de 1988 não se configura como Justiça Especial do Poder Judiciário, e sim como um conjunto de órgãos integrantes da Justiça ou Jurisdição Ordinária".

45. Referido entendimento restou sufragado na Súmula 122 do STJ: "Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, *a*, do Código de Processo Penal".

origem de tal entendimento é que, embora ambas sejam justiças "comuns", a Justiça Federal, no que toca à definição constitucional de sua competência, possui um grau de especialização em comparação com as Justiças Estaduais. Isso porque, a Constituição, no art. 109, fixa casuisticamente as matérias que serão de competência da Justiça Federal, ao passo que o art. 125 nada menciona sobre quais crimes competem à Justiça Estadual,[46] esta sim, verdadeiramente, uma "justiça residual".[47]

Não é possível concordar com a conclusão nem com seus fundamentos. Ao se partir da premissa de que nos casos em que a própria Constituição fixa a competência das Justiças, como ocorre com a Justiça Militar da União (art. 124, *caput*), a Justiça Militar dos Estados (art. 125, § 4.º) e a Justiça Federal (art. 109), tal rol é taxativo e não pode ser ampliado por lei infraconstitucional, o problema deve ter outra solução. Se a competência é taxativa e somente pode ser atribuída pela Constituição, sua ampliação em razão de conexão ou continência igualmente apenas poderá se dar por expressa previsão constitucional.[48] Assim, se a Constituição prevê, como no caso art. 109, um rol

---

Na doutrina, nesse sentido: PEDROSO. *Competência penal*, cit., p. 94. Em sentido contrário, criticando a referida súmula: KARAN, Maria Lúcia. Op. cit., p. 102-103.

46. Em verdade, os §§ 4.º e 5.º do art. 125, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45/04, estabelecem a competência da Justiça Estadual Militar, que é uma justiça especial, no âmbito das Justiças Estaduais.

47. Nesse sentido, Nucci (*Código*. Op. cit., p. 249) observa que, "apesar da Justiça Federal ser considerada comum, ela é *especial* em relação à Justiça Estadual, esta sim residual". Em sentido contrário, Aristides Junqueira Alvarenga (*A competência criminal da Justiça Federal de primeira instância*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 15) lembra que "a Justiça Federal não é Justiça Especial. É Justiça Comum, tal como a Justiça Estadual, só que tem a sua competência fixada constitucionalmente". Todavia, a despeito disso, entende que no caso de conexão prevalece a competência da Justiça Federal, invocando como fundamento legal o art. 79 do CPP. A referência, é de se destacar, não parece ter qualquer pertinência com o caso, nem lhe poderia servir como norma de regência, isto porque, o dispositivo trata, em seu *caput*, da necessidade de união dos processos, e nos incisos, das hipóteses de separação inicial dos processos. Não há, pois, disciplina de qual Justiça exercerá a *vis attractiva* em caso de conexão ou continência.

48. Como explica Frederico Marques (*Da competência*, cit., p. 293): "De uma jurisdição para outra, não pode haver prorrogação, salvo se autorizada pela Constituição. Nem a justiça comum tem atribuições para processar e julgar causas afetas à justiça especial, nem esta o poder de julgar questões do âmbito daquela. Sendo assim, a regra do art. 78, IV, somente tem aplicação quando a *prorrogatio jurisdicitionis* estiver prevista na Constituição Federal". Era o que acontecia na Constituição de 1946, cujo art. 119, inc. VII, previa competir à Justiça Eleitoral o processo e o julgamento "dos crimes

de competências taxativas, e não estabelece que a tal Justiça compete julgar aqueles crimes e os que lhe sejam conexos, a solução será a disjunção do processo, permanecendo sob competência de tal Justiça apenas e exclusivamente sua competência constitucional.[49]

Admitir a conexão, com a transferência para a Justiça Federal de um crime não previsto no art. 109 do CR, seria ampliar a sua competência com base em lei infraconstitucional (no caso, o art. 78, inc. IV).[50]

Por tal motivo, os crimes que não sejam de competência da Justiça Federal, em nosso entender, também não poderiam estar sendo julgados perante a 13.ª Vara da Subseção Judiciária de Curitiba, mas sim perante um órgão da Justiça Estadual. Sendo a competência da Justiça Federal estabelecida por norma constitucional, com base em critérios estritos, normas infraconstitucionais do Código de Processo Penal, que disciplinam a conexão, não lhe pode atribuir uma competência mais ampla que aquela que lhe atribui a Constituição.

## 7. DOS MOMENTOS PROCEDIMENTAIS PARA A REUNIÃO DOS PROCESSOS

Visando assegurar o cumprimento das regras sobre conexão e continência e, em especial, a formação da unidade processual, o art. 82 do CPP prevê a possibilidade de o juiz competente em razão da conexão ou continência avocar o processo que tramita perante o juiz que teve sua esfera de competência diminuída.

Todavia, o limite do momento procedimental até o qual é possível a avocação tem suscitado controvérsias, diante da expressão "salvo se já estiverem com *sentença definitiva*" (CPP, art. 82). Predomina o entendimento de que por "sentença definitiva" deve-se entender a sentença de primeiro grau, ainda que pendente de recurso, não se exigindo o trânsito em julgado.[51] Há, porém,

---

eleitorais e dos comuns *que lhes forem conexos*". Substancialmente, a mesma regra foi prevista na Constituição de 1967 (art. 130, inc. VII) e na Emenda Constitucional 1 de 1969 (art. 137, inc. VII), mas não foi reproduzida na Constituição de 1988.

49. Nesse sentido: MARQUES, Frederico. *Elementos*, cit., p. 286; Idem. *Tratado*, cit., p. 381; TOURINHO FILHO. *Processo*, cit., p. 270; KARAN, Maria Lúcia. Op. cit., p. 103.

50. Segundo PACELLI (*Curso*. Op. cit., p. 286), "nos casos de conexão, em que não há a unidade de condutas, os processos não deveriam ser reunidos! Nessas hipóteses, é manifesta a violação ao juiz natural, com assento constitucional!"

51. Predomina o entendimento de que por "sentença definitiva" deve-se entender a sentença de primeiro grau, ainda que pendente de recurso, não se exigindo o trânsito em julgado. Nesse sentido: TOURINHO FILHO. *Processo*, cit., p. 286;

quem considera que a avocação pode ocorrer até o trânsito em julgado.[52] Ou seja, interpreta-se a expressão "sentença definitiva" não como sinônimo de "sentença de mérito", mas como de "sentença transitada em julgado".

Embora normalmente a prorrogação de competência implique a unidade do processo, para julgamento das infrações penais conexas, esse efeito pode não se verificar, no caso em que se alegue a ocorrência de conexão após já ter sido proferida sentença definitiva, no processo em relação ao qual o juiz teria sua competência ampliada. Para interpretar o sentido da expressão "sentença definitiva", do art. 82 do CPP, é preciso ter em vista a finalidade das regras de conexão e continência.

É comum a afirmação de que tais institutos têm duplo escopo: o primeiro, de economia processual, evitando a repetição inútil de atos probatórios, com a finalidade de provar um mesmo tema, em processos distintos; o segundo, de evitar decisões conflitantes, o que se obtém com uma análise conjunta dos crimes ou dos coautores. Há, porém, outra finalidade, que pode ser considerada: as regras de conexão e continência, ao imporem uma reconstrução unitária dos fatos, permitem ao julgando uma visão completa do fato criminoso. Em outras palavras, asseguram uma reconstrução mais fiel dos fatos, na medida em

---

PEDROSO. *Competência penal*. Op. cit., p. 98; LUCHI DEMO, Roberto Luiz. *Competência penal originária: uma perspectiva jurisprudencial crítica*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 279; NUCCI. *Op.* cit., p. 260; LOPES JR., Aury. *Direito*, cit., p. 520. O STF já decidiu que: "'sentença definitiva', contudo, não é como quer a impetração – sentença transitada em julgado, mas, sim, a decisão de primeiro grau, que define o mérito do processo penal, como evidencia, de modo iniludível o art. 593, I, C.Pr.Pen., ao preceituar que, delas, cabe apelação" (STF, HC 81.134-5/RS, 1.ª T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16.12.2003, m.v.). No mesmo sentido: STF, HC 84.908-3/RJ, 2.ª T., Rel. Min. Celso de Melo, j. 01.02.2005, v.u. No STJ, a Súmula 235 dispõe: "A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado". Realmente, o enunciado sumular não deixa claro se o julgado é a sentença de primeiro grau, ainda que recorrível, ou somente a sentença definitiva, transitada em julgado. Embora em matéria cível, considerou-se que "Não há conexo, que poderia determinar a reunião dos processos, se um deles já se acha julgado, *sem relevo a circunstância de haver apelação*" (STJ, no CC 3.075-3/BA, 2.ª Seção, Rel. Min. Dias Trindade, j. 12.08.1992, .vu.; CC 15.824/RS, 2ª Seção, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 26.06.1996, v.u.; CC 22.051/SP, 2.ª Seção, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 09.09.1998, v.u.). E, noutro julgado, considerou que "é de ser indeferida a reunião, quando um dos processos já se encontra julgado em primeiro grau (REsp. 193.766/SP, 4.ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 04.02.1999, v.u.).

52. Nesse sentido: ESPÍNOLA FILHO. *Código*. Op. cit., p. 196; FREDERICO MARQUES. *Da competência*, cit., p. 302; Idem. *Tratado*, cit., p. 392.

que permitem a compreensão e análise de todo o material probatório. Assim, além de regramento de competência, a conexão e a continência têm, também, finalidade epistemológica, de "completude do acertamento da verdade".[53] Sem a completa análise da prova, a defesa será prejudicada.

Se assim o é, o acertamento unitário do fato, seja pelo mesmo órgão jurisdicional, seja pelo mesmo juiz fisicamente considerado, continua a ser possível mesmo após ser proferida sentença de primeiro grau recorrível. Se no primeiro processo já tiver sido prolatada sentença, não é possível haver "unidade processual", em relação a um segundo processo que se inicie, tendo por objeto crime conexo com o do primeiro. Inviável, pois, a reunião dos processos. Por outro lado, é perfeitamente possível que *se mantenha o efeito modificador da competência* – ainda que sem a unidade processual – prorrogando-se a competência do primeiro juiz, quando assim o determine os fatores de atração do art. 78 do CPP, assegurando tal magistrado uma visão completa e unitária do caso penal em todos seus elementos.

Fundamental, portanto, distinguir duas coisas: a primeira, é a unidade de processos; a segunda, a prorrogação da competência. Compreendida tal diferença fica claro que a expressão "sentença definitiva" deve ser entendida com sentença transitada em julgado. Por outro lado, prolatada a sentença de primeiro grau, mas estando pendente recurso, surgindo um feito por crime conexo, não mais poderá haver unidade processual, mas há de se operar o efeito de prorrogação da competência. Aliás, o art. 82 dispõe especificamente sobre o efeito da unidade processual, que se não ocorrer antes da sentença transitada em julgado, somente ocorrerá perante o juiz da execução. Mas não da modificação da competência em si.

O mesmo resultado interpretativo se chega atentando-se para a necessidade de compatibilizar as regras de conexão e continência com a garantia do juiz natural. Considerar que a sentença de primeiro grau inviabilizaria não só a reunião dos processos, como a prorrogação da competência, geraria uma possibilidade considerável de manipulação dos critérios de competência, *ex post factum*. Mesmo havendo conexão entre dois ou mais crimes, o Ministério Público teria um amplo poder para influenciar a competência do juiz que iria julgá-los, mediante o simples expediente de controlar o momento das denúncias. Por exemplo, num caso de conexão entre o crime de corrupção, ocorrido no Rio de Janeiro, – e o crime de lavagem de dinheiro, praticado em São Paulo, se o Ministério Público Federal não desejasse que o juiz do Rio de Janeiro, que teria sua competência prorrogada, também viesse a julgar o crime de branqueamen-

53. BIELLI. Op. cit., p. 85.

to que, normalmente, não seria de sua atribuição – mas, originariamente, de São Paulo –, bastaria acelerar o seu processo do crime de corrupção, e somente oferecer a denúncia pelo crime de lavagem de capital, em São Paulo, depois de o juiz carioca já ter sentenciado o processo de corrupção. Não se ignora que o mesmo problema pode ocorrer, caso se interprete a expressão "sentença definitiva" como "sentença transitada em julgado", mas é inegável que as chances de manipulação são muito menores.

Há, por fim, uma razão prática para considerar que a expressão "sentença definitiva" do art. 82 do CPP deve ser interpretada com sentença transitada em julgado. Imagine-se que um processo cujo objeto seja um crime conexo a outro, que tramita em processo distinto, perante o juiz com foro prevalecente. O réu, então, alega a incompetência do juiz que teve diminuída sua esfera de atuação, em detrimento daquele que a teve prorrogada. O juiz, contudo, erroneamente, não acolhe a exceção de competência, deixando de reconhecer a conexão. Como não há recurso contra a decisão que rejeita a exceção de incompetência, a matéria terá que ser tratada, posteriormente, em preliminar de apelação. Nesse caso, em se entendendo que a expressão "sentença definitiva" equivale a "sentença de primeiro grau", ainda que recorrível, o juiz de primeiro grau teria um poder absoluto e incontrastável de violar, sem qualquer consequência prática, as regras de conexão e continência. E não existiria, praticamente, como o excipiente impugnar tal ato. Isso porque, mesmo invocada a incompetência nas razões de apelação, o tribunal sequer poderia conhecer de tal tema, sob o fundamento de perda do objeto: não mais seria possível alterar a competência, depois de proferia a sentença de primeiro grau! Tal exegese leva, portanto, a resultado absurdo.

Em suma, é de se entender que a expressão "sentença definitiva" do art. 82 do CPP equivale a "sentença transitada em julgado". Se há sentença, mas pendendo recurso, não mais será possível a formação do *simultaneus processus*, mas ainda assim haverá o efeito da prorrogação da competência. De qualquer forma, a simples ausência de um critério normativo seguro, com divergências doutrinárias sérias sobre a exegese de tal regra já é suficiente para mostrar os riscos que a garantia do juiz natural enfrenta, quando se trata de predeterminação do juiz competente, em caso de crimes conexos.

## 8. DA SEPARAÇÃO FACULTATIVA DE PROCESSO ANTERIORMENTE REUNIDOS: O ART. 80 DO CPP

O art. 80 do CPP dispõe:

> Será facultativa a *separação dos processos* quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes,

ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação.

No regime legal da conexão, o art. 80 do CPP é, sem dúvida, a regra mais problemática. E, do ponto de vista das questões práticas de competência envolvendo a Operação Lava Jato, sua análise é de grande relevância porque tem sido largamente aplicada e, antecipando-se nossa conclusão, erroneamente aplicada.

Cabe analisá-la, mais detidamente, em três aspectos que podem ser expostos na forma de indagações.

A primeira, sobre a natureza de tal regra: O art. 80 do CPP é uma regra que permite a não reunião de processos por crimes conexos, ou disciplina somente um caso de separação de processos anteriormente reunidos?

O segundo ponto de divergência é a definição dos efeitos da separação do processo, sobre a competência anteriormente prorrogada. Assim, em caso de separação dos processos, a competência anteriormente prorrogada se manterá inalterada, perante o mesmo juiz, ou o processo desmembrado, quando ao delito que não era de competência daquele juízo, deverá ser devolvido ao juiz que teve sua competência derrogada?

O terceiro: como se entender a expressão "outro motivo relevante", que faça com que o juiz "repute conveniente" a separação dos processos?

### *8.1. Separação de processo anteriormente reunidos*

O art. 79, *caput*, prevê a consequência natural da ocorrência de conexão ou continência: a reunião dos processos. Por outro lado, os dois incs. do mesmo dispositivo legal preveem hipóteses em que, a despeito da ocorrência de conexão ou continência, não haverá reunião dos processos. Ou seja, na hipótese do *caput* do art. 79 unem-se os processos, com modificação de competência. Nas situações dos incs. do mesmo dispositivo, não se unem os processos, mantendo inalterada a competência.

O art. 80 do CPP não autoriza que o juiz *deixe de reunir os processos*, permitindo que, desde o início, feitos por crimes conexos corram separadamente, como ocorre nos incs. I e II do *caput* do art. 79 do mesmo Código. Não se trata de um dispositivo que prevê a *não reunião* dos feitos. É exatamente o oposto: se os feitos já estiverem unidos, por conexão ou continência, poderá haver a separação dos processos. Assim, ocorrendo uma das hipóteses do art. 79 do CPP, mesmo que os crimes sejam conexos ou haja continência, não se formará o

processo único e, consequentemente, não haverá modificação da competência segundo os critérios originariamente previstos. Já na hipótese do art. 80, uma vez formado o processo único, o juiz, segundo a dicção legal, poderá, facultativamente, separar os processos.

Doutrinariamente, a distinção é feita com bastante clareza por Foschini, que no gênero "simplificação", distingue três espécies: "separação (inicial)", "limitação sucessiva" e "cisão do processo".[54] As hipóteses dos incs. I e II do *caput* do art. 79 são casos de separação inicial, já a situação do art. 80 é caso de cisão do processo.

Em suma, o art. 80 do CPP não autoriza que os processo já nasçam separados, mas sim que se separem processo que foram anteriormente reunidos.

### *8.2. A separação do processo e seus efeitos sobre a competência*

Necessário analisar os efeitos de tal separação dos processos, sobre a competência anteriormente prorrogada. Trata-se de problema hermenêutico, sobre a interpretação do art. 80 do CPP.

Pode-se interpretar tal regra no sentido de que se trata de simples hipótese de separação de processos e de julgamento, mantendo o mesmo juiz a competência já prorrogada em razão da conexão ou, diversamente, considerar que, com a disjunção processual, a competência prorrogada será novamente alterada, perdendo o juiz, até então competente, exatamente aquela parcela de competência que adquiriu em razão da conexão ou continência. Em outras palavras, com a separação dos processos, um dos feitos voltará ou não para o juiz originariamente competente?[55]

54. FOSCHINI, Gaetano. *La connessione*. Milano: Giuffrè, 1952. p. 46.

55. Obviamente, para uma análise dos problemas da conexão e continência à luz da garantia do juiz natural, a resposta positiva à indagação anterior terá implicações muitos mais relevantes. Por outro lado, há posicionamento do STF, no sentido de que o art. 80 do CPP somente pode ser utilizado nos casos em que os feitos tramitem perante o mesmo juízo, que já seria competente segundo as regras originárias de definição da competência, independentemente da alteração provocada pela conexão ou continência. Isto é, a questão não afetaria o problema da competência, mas apenas da unidade ou cisão dos processos. Nesse sentido: STF, HC 80.717/SP, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16.06.2001, m.v.; STF, HC 91895/SP, 1.ª T., Rel. Min. Menezes Direito, j. 01.04.2008, m.v.). Em prevalecendo tal ponto de vista que, observe-se, não costuma ser seguido nos tribunais inferiores, a aplicação do art. 80 do CPP não poderia causar qualquer forma de lesão à garantia do juiz natural.

Há divergências doutrinárias que impedem uma resposta tranquila para a questão acima formulada. Uma corrente entende que, desfeita a conexão em razão da separação facultativa, não há qualquer razão para ser mantida a prorrogação da competência. Em consequência, o feito que inicialmente não era de competência do juízo prevalecente deve retornar para o juiz que era originariamente competente para julgá-lo, se não houvesse a conexão.[56]

Uma outra linha doutrinária considera que, no caso de separação dos processos, com fundamento no art. 80 do CPP, não haverá retorno de um dos processos ao juiz que teve sua esfera de competência reduzida, em razão da conexão ou continência.[57] Isso porque, o juiz em relação ao qual se exerceu a *vis attractiva* continuará competente para os feitos em relação aos quais há conexão ou continência, embora estes passem a ser julgados separadamente, visto que o dispositivo prevê, segundo estes, apenas a separação do julgamento, sem nova mudança de competência.[58]

Nesse ponto, cabe uma comparação com a situação disciplinada no art. 81 do CPP, prevendo que "verificada a reunião dos processos por conexão ou continência" o juiz "continuará competente em relação aos demais processos", mesmo que em relação ao crime que gerou a atração, o acusado seja absolvido ou seja declarada extinta a punibilidade.

Ora, se no caso de fatores supervenientes, que afetariam o próprio crime que gerou a conexão, a prorrogação não mais se alterará (CPP, art. 81), com muito maior razão, na hipótese do art. 80 do CPP, em que o legislador simplesmente prevê a "separação dos processos", sem qualquer menção à manutenção da competência anteriormente prorrogada pela conexão ou continência, esta não será alterada. Mantém-se inalterada a competência já prorrogada, sim-

56. Nesse sentido: CÂMARA LEAL. *Comentários ao Código do Processo Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. vol. 1 e 2. p. 289; ALBUQUERQUE, Xavier de. Op. cit., p. 82; LIMA. Op. cit., p. 600. Na doutrina estrangeira, POZZOLINI, Alfredo (Art. 49. In: CONTI, Ugo (coord.). *Il codice di procedura penale illustrato articolo per articolo*. Milano: Società Editrice Libraria, 1937. vol. I, p. 226.

57. Nesse sentido: FREDERICO MARQUES. *Da competência*, cit., p. 298; KARAN. Op. cit., p. 91; DEMO. *Competência penal*. Op. cit., p. 285. Nesse sentido, na jurisprudência: STJ, CC 107.116/ RJ, 3.ª Seção, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 10.03.2010; STJ, HC 103.741/SP, 5.ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23.09.2008.

58. Há regra expressa nesse sentido no CPP português, no art. 31, letra *b*. Na doutrina estrangeira, Foschini (*La connessione*, cit., p. 53) entende que, nas hipóteses de cisão processual, não haverá alteração da competência já prorrogada pela conexão. No mesmo sentido, em relação ao CPP italiano de 1988, cf.: CHIAVARIO, Mario. *Appunti sul Processo Penal*. Torino: G. Giappichelli, 2000. p. 76.

plesmente desfazendo-se a unidade processual. Como explica Espínola Filho, mantém-se "o caráter definitivo, que tem a prorrogação de competência, resultante de conexão e continência".[59]

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, embora não haja regra expressa no sentido da não alteração da competência já prorrogada, é correto interpretar que, mesmo ocorrendo a separação dos processos já reunidos por conexão ou continência, o juiz que teve sua competência prorrogada continuará competente para a totalidade dos delitos conexos. A competência, uma vez prorrogada, se torna imutável, por aplicação analógica do *caput* do art. 81 do CPP, que dá tal solução no caso de desclassificação ou absolvição pelo crime que gerou a atração. *Ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio esse debet*!

Além disso, considerando-se que a separação dos processos não altera a competência já prorrogada, o fato de se tratar de uma hipótese de separação facultativa e fundada em hipóteses muito vagas, deixaria de ser relevante do

59. Espínola Filho (*Código*. Op. cit., p. 191), explica que: "A continência de causou a conexão de delitos, dando *o resultado de prorrogar a competência dum dos juízos*, a que cabe legitimamente tomar conhecimento de uma das infrações, em forma a também lhe serem as outras submetidas, *o faz em caráter definitivo, de modo a se considerar a competência do juízo firmada para o processo e julgamento de qualquer dos dois casos, sem dependência alguma da solução, que venha a ter em razão do qual foram arrastados à sua apreciação*. Considera-se, então, como se a competência do juízo houvesse sido estabelecida para o processo e julgamento de cada infração, independentemente da sorte que tenha influência a solução dada a cada uma delas sobre a questão de competência relativa às demais" (destaquei). De forma mais sucinta, afirma Bento de Faria (*Código*, cit., p. 155) que "firmada a competência por conexão ou continência não mais a perde o juiz, salvo quando desclassificar todas as infrações", o que não é o caso em estudo. Por sua vez, Carlos Frederico Coelho Nogueira (*Comentários ao Código de Processo Penal*. Bauru: Edipro, 2002. vol. I. p. 1007) afirma que "o *caput* do art. 81 é a mais clara aplicação, no processo penal, do princípio da *perpetuatio jurisdicionis*". Nesse sentido: STF, HC 112.574/DF, 1.ª T., Rel. Min. Rosa Weber, j. 20.11.2012, v.u. No mesmo sentido, no caso de extinção de punibilidade: STF, HC 100.154/MT, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16.11.2010, v.u. Por outro lado, não é possível concordar com a posição do STF, que por declarar extinta a punibilidade em relação ao crime de competência da justiça federal, determinou a volta do processo para a justiça estadual (STF, HC 122.202/GO, 2.ª T., Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 28.10.2014, v.u.). Embora o art. 81 não se refira à extinção da punibilidade, se nem mesmo a absolvição faz desparecer a prorrogação de competência, não há justificativa para que tal ocorra no caso de simples extinção da punibilidade.

ponto de vista da garantia do juiz natural, enquanto predeterminação de competência. Isso porque, separado ou não o feito, o juiz continuará competente.[60]

Por outro lado, defendida a posição de que a separação facultativa do art. 80 implica o retorno do processo ao juiz originariamente competente, a discricionariedade na separação do feito e a ausência de critérios objetivos para definir as hipóteses de separação, significarão clara e inconteste afronta ao art. 5.º, inc. LIII, da Constituição.[61] Como tantas vezes destacado, a discricionariedade é absolutamente incompatível com a necessidade de determinação prévia do juiz competente.

### *8.3. A separação dos processos "por outro motivo relevante"*

Ainda resta analisar a hipótese mais problemática de separação de processos, prevista no art. 80 do CPP, sob a ótica da garantia do juiz natural: a separação no caso em que, "por outro motivo relevante", o juiz repute-a "conveniente".

A previsão legal é de que "por outro *motivo relevante*, o juiz reputar *conveniente* a separação". É totalmente aberta, sem qualquer referência segura dos casos em que haverá separação. Prova disso é o comentário feito por Borges da Rosa: "Merece elogios o que estabelece o citado art. 80 do Código, porque *mitiga a rigidez dos textos* legais concernentes à competência pela conexão e *favorece o arbítrio do* juiz".[62] (destaques nossos). Afirma-se, também, que a definição dos casos de separação, depende do "prudente critério, talante e alvedrio do julgador".[63] Ora, mitigar a lei e favorecer o arbítrio é aceitar a discricionariedade, incompatível com a garantia do juiz natural. Por sua vez, "alvedrio" é livre vontade ou arbítrio de alguém,[64] dá ao juiz a discricionariedade de escolher, sem a rigidez legal, e *ex post factum*, quem irá julgar o processo.

60. Com razão, portanto, Marques da Silva, (Op. cit., p. 201), ao elogiar a regra do art. 31, letra "b", do CPP português, que prevê que se mantém a prorrogação da competência em razão da conexão, mesmo na hipótese de separação dos processos, porque "assim se afasta o risco da discricionariedade de escolha do tribunal e a eventual violação do princípio do juiz natural".

61. Nesse sentido, na doutrina italiana: CONSO. Op. cit., p. 10.

62. *Comentários*, cit., p. 184

63. PEDROSO. Op. cit., p. 101.

64. A origem etimológica, da palavra "alverdrio", segundo apontam Antonio Houaiss; Mauro de Salles Villar; Francisco Manoel de Mello Franco (Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro; Objetiva, 2001.) é o lat. *arbitr um, i* 'testemunho,

Os tribunais têm afirmado tratar-se de mero "juízo de conveniência" do magistrado,[65] ou "*ato discricionário* do juiz".[66] Deixando a questão totalmente aberta, o STF decidiu que: "Não é possível tratar a questão do desmembramento de forma geral e abstrata, sendo ela sensível, como permite o mencionado art. 80, a questões de conveniência e oportunidade"![67]

Há, pois, clara violação da garantia do juiz natural, enquanto norma formal, a exigir que as hipóteses de fixação ou modificação de competência sejam definidas com base em precisos e rigorosos critérios objetivos fixados em lei, não deixando margem a atuações discricionárias.[68]

Comentando o dispositivo equivalente do *Codice Rocco*, fonte genética de nosso Código, e de inegável inspiração autoritária, Bielle explica que a intenção do legislador italiano de 1931 foi, de fato, reestruturar o instituto da conexão e, de maneira geral, todas as regras de competência, para dar ao juiz "la massima discrezionalità e, ciò che più conta, al di fuori di ogni controllo".[69]

Analisando mais detalhadamente a hipótese do art. 80, percebe-se que nosso legislador também conseguiu atingir tal objetivo. A referência a motivo *relevante* é desnecessária e ineficaz. Certamente, não se iria cogitar de um motivo irrelevante como autorizador da mudança de competência. Aliás, se é irrelevante, com ele sequer deverá se preocupar o juiz. Por outro lado, relevante ou não, o que é um motivo *conveniente*? Conveniente é aquilo que convém.[70] O

---

arbitramento, julgamento; arbítrio, vontade'; f.divg. erud. *arbítrio*; f.divg. tb. vulg. *alvitre*; ver *arbitr-*; f.hist. sXV *aluedrio*, sXV *aluidrio*".

65. STF, HC 88.867/RS, 2.ª T., Rel. Min. Eros Grau, j. 25.05.2007, v.u.; STJ, HC 20.428/SP, 5.ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, v.u., j. 19.04.2007. No mesmo sentido, referindo-se especificamente à conveniência da instrução criminal: STF, HC 104.017 AgR/RJ, 1.ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 31.12.2011.

66. STJ, AgRg na APn 540/MT, Corte Especial, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 01.04.2009, v.u.

67. STF, AP 674 AgR/PE, Pleno, Rel. Min. Rosa Weber, j. 04.14.2013, v.u.

68. Analisando situações equivalentes, previstas no ab-rogado CPP italiano de 1930, cujo art. 46 previa a modificação de competência *per particolari motivi*, bem como a hipótese do art. 413, que haveria a reunião dos feitos "in ogni caso in cui ne ritenga la *convenienza*", conclui Romboli (Op. cit., p. 181) que tais critérios violam a garantia do juiz natural. De forma semelhante, na doutrina espanhola, Diez-Picazo Gimenez (Op. cit., p. 108), ao tratar da expressão "extraordinarias circunstancias", do § 1º do art. 304 da LECrim.

69. Competenza per connessione, cit., p. 75.

70. Houaiss, Villar, Franco (Op. cit., p. 827) indicam como significados de conveniente: "que é apropriado, oportuno"; ou "que traz vantagem; útil, proveitoso, vantajoso"; ou

que convém exige um complemento, pois deve convir a algo ou alguém. A lei, todavia, não estabelece qualquer delimitação.[71]

A parte final do art. 80 do CPP, ao permitir a separação facultativa dos processos conexos ou quando há continência, por outro motivo relevante em razão do qual o juiz repute conveniente a separação, viola o art. 5.º, inc. LIII, da Constituição, não possibilitando que se tenha a certeza do juiz competente no momento em que o delito é praticado.

Na situação concreta da Operação Lava Jato, é possível afirmar que o maior problema e relação aos processos de primeiro grau tem sido a errônea aplicação do art. 80 do CPP. Para se colocar quase como um juiz universal da corrupção oriunda da Petrobrás, o Juiz Federal Sérgio Moro tem se fundado na ocorrência de conexão, geralmente, instrumental. Todavia, afirma haver conexão mas nunca reúne os processos, que já começam tramitando separadamente, sob o fundamento do art. 80 do CPP. Mesmo que se queira aplicar o referido artigo, e julgar os crimes tidos por conexo separadamente, "por motivo relevante" que o juiz repute conveniente, isso somente poderia autorizar a cisão de processo já anteriormente reunidos. O art. 80 CPP não trata de hipóteses em que se deixa de reunir os processos por crimes conexos, sendo, diversamente, uma regra de separação de processo envolvendo crimes conexos que, anteriormente, tramitavam em um único feito.

## 9. CONCLUSÃO

Antes de uma conclusão específica sobre os problemas da aplicação das regras de conexão na Operação Lava Jato, é de se estabelecer algumas premissas

ainda "que facilita; cômodo, favorável". Para Silveira Bueno (Grande Dicionário. v. 2, p. 812) conveniente é "oportuno, útil, adequado, lucrativo". Por sua vez, Laudelino Freire (*Grande e Novíssimo Dicionário*. v. II, p. 1570) registra para conveniente os sentidos "1. Que convém, que se conforma, adequado; 2. Vantajoso, útil; 3. Decente, decoroso; 4. Acomodado às circunstâncias". De forma semelhante, para Caldas Aulete (*Dicionário Contemporâneo*. v. II, p. 1134) conveniente é "que convém, conforme, adequado; decente, decoroso".

71. Sobre tal hipótese de separação de processos, GRINOVER, Ada Pellegrini (Cerceamento do Direito à Prova da Defesa e a Violação da Garantia da Motivação. In Comunicação em Congresso. Osasco: *Revista Mestrado em Direito*. n. 1. ano 9. p. 270) posiciona-se no seguinte sentido: a "genérica menção a *outro motivo relevante*, sempre entendi ser discutível sua compatibilidade com as garantias processuais antes mencionadas, pois aí se teria uma situação em que a observância dessas mesmas garantias ficaria dependente de circunstâncias apreciadas de forma discricionária ou até mesmo arbitrária por parte do juiz."

gerais, para não se colocar na conta de tal operação males que não devem ser atribuíveis aos julgadores, mas sim aos legisladores.

A análise abstrata das regras de conexão, em intensidade mais extensa que o aparentemente necessário, quanto às hipóteses de sua ocorrência, seus efeitos, a definição do órgão jurisdicional prevalecente e, por fim, os efeitos da separação dos processos foi proposital. É preciso mostrar a má qualidade de tais normas à luz da garantia do juiz natural. E a conclusão que se chega é: caso se pretenda levar à sério a garantia do juiz natural é necessária uma urgente reforma das regras legais de definição e modificação de competência, que devem se fundar em critérios legais claros, objetivos, e não passíveis de manipulações hermenêuticas ou escolhas discriminarias em sua aplicação.

Diante de uma má legislação, a jurisprudência em geral, é vacilante e insegura. Não se pode extrair dos julgados, em especial dos tribunais superiores, critérios seguros de sua aplicação. Talvez, o único padrão que se possa obter, com segurança dos julgados do STF e do STJ em matéria de competência, é um esforço para justificar que a competência, quando questionada em etapas avançadas dos processos penais, é sempre do órgão que vinha exercendo a jurisdição no feito. Ou seja, o juiz competente segundo a lei é o juiz que nos processos está competente. Imagina-se que assim se decida para evitar nulidades de decisões de juízes incompetentes, mas que são marcos interruptivos da prescrição, o que levaria a extinções da punibilidade aparentemente injustas.

Há, portanto, duas conclusões gerais.

A primeira é que as regras do Código de Processo Penal sobre critérios de definição e modificação de competência em muitos casos são incompletas, às vezes ambíguas ou, por fim, extremamente abertas, permitindo ampla margem do aplicador, *ex post factum*, na definição do juiz competente.

A segunda conclusão é que na interpretação e aplicação prática das regras – reconheça-se, mal elaboradas – pouco contribui para afastar a insegurança interpretativa, quando não, em questões relevantes, acabam por gerar novas controvérsias e incertezas.

Chega-se, portanto, a aplicação das regras de conexão na Operação Lava Jato.

Uma primeira constatação prática é que a esmagadora maioria dos crimes objetos da Operação Lava Jato, não ocorreu na porção territorial da Subseção Judiciária de Curitiba, mesmo que se queira considerar a área estendida de toda a Seção Judiciária do Paraná! Logo, a competência territorial seria, segundo os critérios do art. 70, *caput*, do CPP, de outra subseção judiciária se de competência federal, ou de outra comarca se de competência estadual.

Todavia, sob a afirmação de que algum crime consumado na área de competência territorial da 13.ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba, seria conexo com outros delitos cometidos em outras subseções judiciárias e mesmo outras seções judiciárias, teria havido a modificação de competência. Nesse ponto, realmente, em relação a muitos crimes, é inegável a conexão, principalmente nas espécies teleológica e probatória.

Contudo, na definição do foro prevalecente, nos casos de juízos de mesma hierarquia, em primeiro grau de jurisdição, não foi seguida a ordem preferencial das alíneas do inc. II do art. 78 do CPP. Houve a consumação do crime de lavagem de dinheiro em Curitiba. Mas há crime mais grave que o de branqueamento, como a corrupção passiva, que teria sido praticada em outra subseção judiciária, cujo órgão jurisdicional não teve a sua competência prorrogada. Ainda que se reconheça essa enorme conexão de tudo o que envolva corrupção da Petrobrás em mais de uma década, bastaria que um único desses crimes conexos, fosse mais grave do que o delito de lavagem de dinheiro, como, por exemplo, corrupção passiva, que possa ter ocorrido em Brasília ou Rio de Janeiro, para que o foro de atração não fosse o da Subseção Judiciária de Curitiba.

Não é tudo. Reconhecendo-se que há conexão e, mesmo que se aceitasse, apenas como hipótese argumentativa, que o foro de atração seria o da 13.ª Vara Federal de Curitiba, nela os processos deveriam ser reunidos, segundo o art. 79, *caput*, do CPP, mas não o estão sendo! De forma totalmente equivocada, invoca-se o art. 80 do CPP para que os processos – nunca reunidos – já nasçam separados! A regra que disciplina a separação de processos já reunidos em razão da conexão, está sendo transmudada em norma para a não união de processos que seriam conexos. Ou seja, dos efeitos da conexão, a Operação Lava Jato quer só a prorrogação da competência, mas não a unidade processual!

Por tudo o exposto, conclui-se que em relação às regras de conexão, há violações legais em sua aplicação na Operação Lava Jato, com clara violação da garantia do juiz natural. E isso nem mesmo com o apoio na "vontade popular", se pode aceitar juridicamente. É inaceitável no processo penal a lógica de que os fins justificam os meios. É o estrito respeito aos meios é condição necessária para a correção do resultado final, legitimando o exercício do poder punitivo estatal.

Poder-se-ia objetar que, em sendo corretamente aplicadas as regras de conexão, a Operação Lava Jato não estaria nas mãos de quem, perante a sociedade, tem sido considerado como que um super-herói judicial. O Magistrado invencível e único ser com poderes para debelar a corrupção.

Nem mesmo para enfrentar o Kaiser Frederico II, o "Grande", todo poderoso Rei da Prússia, acreditou-se em um único juiz! O valente moleiro de *Sans-Soucies*, cuja frase restou imortalizada nos versos de Françóis Andriex, não exitou em acreditar na Magistratura, e não em um julgador: "Ainda há juízes em Berlim"! No plural. Soa bem melhor do que "há um juiz em Curitiba"!

---

## PESQUISAS DO EDITORIAL

**Veja também doutrina:**

- Acordos de leniência – Evolução do instituto na legislação brasileira – Abrangência, legalidade e atualidade da MedProv 703/2015 – Parecer, de Ives Gandra da Silva Martins – *RT* 967/367-395 (DTR\2016\4652);
- A garantia do juiz natural: predeterminação legal do órgão competente e da pessoa do julgador, de Gustavo Badaró – *RBCCrim* 112/165-188 (DTR\2015\1979);
- Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro, de Américo Bedê Junior e Alexandre de Castro Coura – *RT* 969/149-159 (DTR\2016\21676); e
- Juiz natural e inamovibilidade, de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró – *RBCCrim* 114/501-536 (DTR\2015\9158).

85933

# Interceptação telefônica e obscurantismo inquisitório: o que aprender com a Lava Jato?

## *Wiretapping and inquisitorial obscurantism: what can we learn from the "Lava Jato Operation"?*

**Leonardo Augusto Marinho Marques**
Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.
Professor de Processo Penal da PUC-MG e da UFMG. Advogado.
leonardo@leonardomarinho.com.br

**Área do Direito:** Processual; Penal

**Resumo:** O artigo demarca problemas concretos que ocorreram na Operação Lava Jato durante a realização da interceptação telefônica. Denuncia o obscurantismo inquisitório que norteia a produção da prova, a estratégia de selecionar diálogos que corroboram a hipótese em investigação e o vazamento indevido de conversas para a imprensa. O texto defende a processualização dos dados interceptados como forma de superação da mentalidade inquisitorial e como condição para a afirmação das garantias constitucionais da presunção de inocência e da intimidade.

**Palavras-chave:** Interceptação telefônica – Procedimento – Controle – Fiscalização – Vigilância.

**Abstract:** This paper addresses some concrete problems that occurred during Operation Car Wash while wiretapping was performed. It reports the inquisitorial obscurantism that guides evidence production, the strategy to select dialogues that support the hypothesis under investigation and the inappropriate disclosure of conversations to the press. The paper defends the right to turn the intercepted dialogue into a process as a way of overcoming the inquisitorial mentality and as a condition to affirm the constitutional guarantees of presumption of innocence and privacy.

**Keywords:** Wiretapping – Procedure – Control – Surveillance – Safekeeping.

Sumário: 1. Introdução – 2. A interceptação telefônica e a Lava Jato – 3. Interceptação telefônica e obscurantismo inquisitório – 4. A processualidade democrática como antídoto ao obscurantismo inquisitório – 5. A prova como elemento fundante da processualidade democrática – 6. A processualização das informações interceptadas – 7. Considerações finais – 8. Bibliografia.

Marques, Leonardo Augusto Marinho. Interceptação telefônica e obscurantismo inquisitório: o que aprender com a Lava Jato?.
*Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 122, p. 205-227, ago. 2016.

## 1. INTRODUÇÃO

Há cerca de dois anos, o país convive com o maior processo penal de sua História, fruto da Operação Lava Jato. A hipótese acusatória imputa crimes de organização criminosa, corrupção e lavagem de dinheiro a proprietários, diretores e funcionários de grandes construtoras, representantes de grupos econômicos internacionais, pessoas que operaram irregularmente no sistema financeiro, políticos e ex-políticos, funcionários e diretores da Petrobras – Petróleo Brasileiro S.A. Segundo as diversas acusações, cifras bilionárias foram desviadas da empresa petrolífera. Até o mês de março de 2016, teriam sido recuperados aproximadamente quatro bilhões de reais.[1]

Nesse processo, a Polícia Federal, o Ministério Público Federal e a Justiça Federal reproduziram, em solo brasileiro, certas práticas supostamente empregadas nos anos 90, do séc. XX, pela Operação italiana denominada *Mani Pulite*". A prisão processual foi imediatamente decretada como forma de pressionar os suspeitos a confessar. A estratégia incluiu a divulgação de notícias falsas de que outros envolvidos teriam confessado, o risco de manutenção da prisão cautelar para quem exercesse o direito ao silêncio, a ameaça de prisão de familiares, a promessa de concessão de benefícios para quem virasse delator, dentre os quais a substituição da custódia pela prisão domiciliar e a redução de pena no final do processo.[2]

Não fosse o bastante, a força-tarefa também recorreu à divulgação seletiva de informações. Dados criteriosamente selecionados foram repassados para a imprensa, para atingir resultados pragmáticos: (a) chamar a atenção de futuros investigados para o avanço da investigação, como forma de incentivá-lo a fazer novas delações; (b) conquistar a opinião pública, para imunizar o trabalho contra a crítica por eventual abuso.[3] De outro lado, provas importantes permaneceram submetidas ao mais absoluto segredo, mesmo durante a fase de produção de prova. Por exemplo, as gravações de conversas telefônicas e os vídeos das delações premiadas.

1. Os dados foram divulgados pela Procuradoria da República em reunião da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Disponível em: [www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160316_janot_daniela_ru]. Acesso em: 22 abr. 2016.
2. MORO, Sergio Fernando. *Considerações sobre a Operação Mani Pulite*. n. 26. Brasília: CEJ, jul.-set./2004, p. 59.
3. Idem, ibidem.

Em texto publicado em 2004, o Professor Sérgio Fernando Moro, profeticamente, revelou a estratégia que seria por ele endossada, dez anos mais tarde, na condição de Juiz responsável pelo mais impactante processo da nossa História:

As prisões, confissões e a publicidade conferida às informações obtidas geraram um círculo virtuoso, consistindo na única explicação possível para a magnitude dos resultados obtidos pela operação *mani pulite*.[4]

Ocorre que, na teoria do processo penal, o imediatismo da prisão, a busca desmesurada da confissão, a blindagem cognitiva proporcionada pelo sigilo, a gestão da prova nas mãos de quem investiga e a hábil exploração da repercussão negativa do fato[5] sempre estiveram associados à técnica inquisitória, que apesar de ser originária da antiguidade e do medievo, manteve-se viva na modernidade, contaminando os institutos jurídicos do Estado de Direito. Na verdade, para além da Operação Mãos Limpas, a Lava Jato foi buscar inspiração na inquisitoriedade romana e eclesiástica.

Essa conclusão aponta para um cenário de alta complexidade, que nos convida a refletir sobre os métodos da Operação Lava Jato. Afinal de contas, temas que sempre foram fundamentais para a efetivação do processo penal de perfil não inquisitorial, como a presunção da inocência, o juiz natural, o direito de defesa, o contraditório, o direito à não autoincriminação, a excepcionalidade da prisão processual e as regras de prova parecem ter sido relativizados, em alguma medida, para dar vazão à sanha punitivista, outro traço marcante da cultura inquisitória.

A reflexão sobre as práticas da Lava Jato se justifica não apenas porque a processualidade democrática exige a superação do marco de inquisitoriedade. Justifica-se, sobretudo, porque a Operação provocou fissuras constitucionais irrecuperáveis. No Estado de Direito, o furor punitivista não legitima práticas jurídicas excepcionais; nele, eventuais anormalidades não podem ser revestidas de aparente legalidade; os fins não justificam os meios.

A hipótese outrora levantada de que processos penais instaurados contra figuras poderosas, como autoridades governamentais ou empresários[6] não

4. MORO, Sergio Fernando. *Op.cit.*, p. 59.

5. MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A hiper-racionalidade inquisitória. In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo penal, Constituição e crítica*: estudos em homenagem ao Prof. Fr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 475-487.

6. MORO, Sergio Fernando. Op. cit., p. 57.

teriam condição de seguir os trâmites normais, simplesmente porque envolvem crimes cometidos às ocultas, mediante utilização de artifícios complexos,[7] que sempre impõem dificuldade à apuração, não resiste àquela compreensão mínima e necessária de que o Estado moderno se constitui a partir de normas que disciplinam o exercício de poder. Nesse sentido, é preciso ressaltar que a investigação, a acusação, a defesa e o julgamento, no ambiente democrático, são orientados por cláusulas que promovem e controlam o poder de intervenção penal. Esses preceitos precisam ser salvaguardados contra a cólera punitivista.

Assumindo o compromisso inarredável com as regras do jogo, o artigo se propõe a enfrentar um dos problemas diagnosticados na Lava Jato, qual seja o obscurantismo que cerca a captação das conversas telefônicas. O texto se volta contra a blindagem cognitiva que impede o controle e a fiscalização das interceptações. Denuncia a seletividade dos diálogos que interessa à hipótese em investigação. Busca nos elementos fundantes da processualidade democrática os subsídios que permitem submeter as comunicações interceptadas à objetivação jurídica.

## 2. A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E A LAVA JATO

A Java-Jato nasceu de provas que foram encontradas fortuitamente em grampos telefônicos. No ano de 2009, o ex-Deputado Federal José Janene estava sendo investigado por crimes de lavagem de dinheiro, em Londrina, no Paraná. A investigação apontava o envolvimento dos doleiros Alberto Youssef e Carlos Habib Chater. São poucas as informações divulgadas sobre essa investigação. Sem haver detalhes que permitam uma melhor compreensão, chega-se, quase que instantaneamente, a julho de 2013. Nessa data, surgem notícias de que as conversas monitoradas de Carlos Habib Chater revelaram a existência de quatro organizações criminosas, que seriam lideradas por doleiros e que manteriam vínculos entre si. Nasceria, assim, a Operação Bidone, para apurar crimes de Alberto Youssef, a Operação Lava Jato, para tratar das infrações praticadas por Carlos Habib Chater, a Operação Dolce Vita, para investigar Nelma Kodama e a Operação Casa Blanca, direcionada às atividades de Paul Srour. Todavia, o que teria acontecido entre os anos de 2009 e 2013 permanece em segredo. A eventual conexão entre as duas investigações nunca foi esclarecida. As falas capturadas permanecem esquecidas no obscurantismo inquisitório.

7. Idem, p. 58.

Mas, eis que de repente, em meio ao monitoramento das conversas entre doleiros, desponta a preciosa informação de que Alberto Youssef havia doado um veículo da marca Land Rover, modelo Evoque, para o ex-diretor de Abastecimento da Petrobras, senhor Paulo Roberto Costa. A princípio, essa doação teria ocorrido mediante pagamentos feitos por terceiros. Duas observações se tornam extremamente relevantes, nesse ponto, por terem consequências imediatas no mundo jurídico: (a) o diálogo captado indicava um indício razoável de corrupção, que certamente precisava ser investigado; (b) mas, tratava-se de um indício precário. Naquele momento, a informação sobre a doação do veículo não poderia ser associada ao esquema de corrupção endêmico na Petrobras, que mais tarde seria desvendado.

Por que essas duas observações seriam tão importantes? Primeiro, porque essa doação indicativa de corrupção, provavelmente, não ocorreu no Paraná. Segundo, porque os elementos delimitadores do juízo competente estão circunscritos no tempo e nas circunstâncias daquele diálogo revelador. O objeto da investigação primária e o objeto impreciso da investigação secundária impreciso, porque vinculado àquela prova obtida fortuitamente, ainda sujeita à melhor compreensão deviam ter ser imediatamente sopesados. A identificação do juízo natural antecede qualquer diligência. Não se constatando relação direta entre o objeto das duas investigações e tendo os fatos ocorridos em lugares diversos, haveria elementos suficientes, à primeira vista, para se justificar que a nova investigação, derivada do encontro de provas, também se desenvolvesse no Paraná? Essa é uma pergunta ainda sem resposta.

Enquanto não emergir a resposta, não se pode descartar eventual violação ao principio do juiz natural. A preocupação com o foro competente não foi submetida à fiscalidade processual. Deveria tê-lo sido no tempo em que ocorreu a interceptação. A investigação progrediu, com superficial naturalidade e, logicamente, apresentou seus primeiros resultados, frutos de acordos de delação premiada. Os resultados iniciais fixaram a competência em Curitiba. Sem dúvida, os acordos de delação foram determinantes porque esclareceram os vínculos existentes entre pessoas e provas. Mas, salvo engano, conexões subjetivas e probatórias teriam se formado, do mesmo modo, se a investigação tivesse se originado em outra circunscrição, por força de eventuais circunstâncias reveladas nas conversas captadas.

Definitivamente, o quadro não pode ser simplificado. O indício de corrupção foi obtido em julho de 2013, mas as primeiras medidas cautelares foram realizadas quase um ano depois. Os mandados de busca e apreensão, condução coercitiva, prisão preventiva e temporária, seriam cumpridos em março de 2014, em dezessete cidades, atingindo seis estados e o Distrito

Federal. Possivelmente, porque as interceptações telefônicas continuaram, sobrevindo novas descobertas.[8] Se era necessário avançar na investigação e prosseguir nas escutas, a pergunta pode ser retomada: à primeira vista, em julho de 2013, havia elementos suficientes para justificar que a investigação secundária, relacionada à doação da Land Rover, ocorresse no Paraná?

A questão que se levanta é absolutamente relevante e possui foro de constitucionalidade. Não foram as conversas interceptadas que desvelaram o esquema de corrupção endêmica na Petrobras. Mas, sim, a delação premiada do ex-diretor Paulo Roberto Costa, assinada em 27 de agosto de 2014. Até a celebração desse acordo, tinha-se conhecimento da existência de corrupção em um único contrato na Refinaria de Abreu Lima. Em sua delação, Paulo Roberto Costa detalhou a corrupção endêmica na empresa petrolífera, em diversos contratos, em mais de uma diretoria, descrevendo o envolvimento de partidos, políticos e empresários.[9]

Depara-se, novamente, com o mesmo problema: (a) um indício precário de corrupção (doação de um veículo), obtido fortuitamente; (b) ocorrido provavelmente em outro local; (c) não correlacionado com o objeto da investigação primária; (d) fez nascer uma investigação secundária, presidida pela mesma equipe da investigação primária; (e) que constata a existência de corrupção em um contrato da Refinaria de Abreu Lima; (f) e obtém uma delação premiada, que então revela um esquema de corrupção endêmica, estabelecendo conexões entre pessoas e provas. Qual o órgão competente? A busca para essa resposta já nos obrigaria a retirar a escuta telefônica da penumbra inquisitória, para resgatar e os detalhes da conversa que revelou o indício de corrupção. Eles não podem permanecer eternamente blindados pelo segredo eterno.

Todavia, para além da preocupação com o juiz natural, a interceptação telefônica apresentou outros graves problemas no processo da Lava Jato. Fragmentos de conversas entre investigados repercutiram nos órgãos de imprensa, em meio à investigação, antecipando juízos de censura que dissolvem a presunção de inocência. Em manifesto abuso de poder, diálogos que não

8. Informações sobre o início da Lava Jato constam no site do Ministério Público Federal. Disponível em: [http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/historico/por-onde-comecou]. Acesso em: 22 abr. 2016.

9. Em entrevista ao Programa GloboNews Especial, transmitido no dia 18.03.2016, o coordenador da força tarefa do Ministério Público Federal na Operação Lava-Jato revela esses dados. Disponível em: [http://expertplay.net/forum/index.php?/topic/72955--os-bastidores-da-lava-jato-de-curitiba-especial-2-anos-globo-news/]. Acesso em: 22 abr. 2016.

guardavam nenhuma relação com o objeto da investigação foram repassados para a mídia, agredindo a intimidade de investigados e de terceiros. Houve, ainda, a divulgação da conversa entre a atual Presidente da República e ex-mandatário, envolvendo a sua nomeação para o cargo de Ministro da Casa Civil, quando já não mais subsistia autorização judicial.

Em face da repercussão que a interceptação das conversas telefônica obteve no processo mais impactante da nossa História, fez-se imprescindível denunciar o manto de invisibilidade que reveste a gravação das conversas e, principalmente, o mecanismo de seletividade dos diálogos que interessam à hipótese em investigação. No quadro que se delineia, oculto tem sido não apenas a produção da prova, mas a própria construção da hipótese. Esse obscurantismo antidemocrático tem inviabilizado o juízo de necessidade, adequação e correção da técnica invasiva, impedindo a análise de coerência dos dados captados.

## 3. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E OBSCURANTISMO INQUISITÓRIO

Os métodos ocultos de investigação não são um mal exclusivo do nosso século. Desde sempre, a espionagem se fez presente nas relações entre Estados, entre empresas e até mesmo entre cidadãos, atingindo a privacidade, a intimidade, a imagem, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo das comunicações, o sigilo de correspondência, o segredo industrial e as informações confidenciais dos países.

A novidade, segundo Manuel da Costa Andrade, concentra-se em dois aspectos: na institucionalização e na massificação dos expedientes invasivos. Nas últimas décadas, muitos países criaram leis específicas para legitimar o uso das técnicas clandestinas de investigação e passaram a utilizá-la em larga escala. A massificação está colocando em cheque a eficácia dos direitos fundamentais. Em proporções inimagináveis, cidadãos que não estão envolvidos com a criminalidade sofrem com a devassa desencadeada pelos órgãos de investigação. Basta direcionar o olhar para as interceptações telefônicas. A autorização para interceptar um determinado número de telefone ou um endereço eletrônico alcança uma infinidade de conversas, expondo a privacidade de centenas de pessoas.[10]

10. ANDRADE, Manuel da Costa. Métodos ocultos de investigação (Pladoyer para uma teoria geral). In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo Penal Constituição e Crítica*: estu-

Em razão da recente expansão dos métodos ocultos de investigação, o Conselho da Europa estabeleceu diretrizes para os Estados membros: (a) necessidade de legislação específica; (b) respeito à proporcionalidade; (c) controle judicial.[11]

Paralelamente, juristas do mundo inteiro vem acrescentando outros critérios. Geraldo Prado defende a submissão dos dados obtidos ao contraditório, com o objetivo de incrementar sua qualidade epistêmica, conferir a sua autenticidade e proporcionar o confronto probatório intra-parte. Sugere também a preservação da cadeia de custódia, para permitir o acesso do investigado à captação da informação e para verificar sua idoneidade.[12]

Manuel da Costa Andrade apresenta alguns critérios que, se adotados conjuntamente, favorecem a intervenção mínima e evitam a massificação: 1) previsão na lei de quais crimes admitem qual(is) modalidade(s) de investigação clandestina; 2) avaliação do grau de suspeita do investigado com o máximo de concretude; 3) análise da necessidade e adequação da medida, com vistas a autorizar o método oculto menos invasivo ou de exigir o emprego de uma técnica tradicional (não clandestina); 4) informação da pessoa atingida imediatamente após o término da medida; 5) reavaliação obrigatória do juízo de admissibilidade e de legalidade, considerando as condições existentes no momento da autorização e o estado em que se encontrava a investigação.[13]

Mesmo endossando todos os requisitos, é possível pensar em mais uma exigência. A metodologia utilizada para apropriação dos dados precisa ser problematizada em juízo. O desconhecimento do método gera uma limitação enorme para quem pretende confrontar o resultado. Considerando que a tecnologia permite aplicar técnicas distintas, com variáveis graus de precisão, essa informação precisa vir à tona. Conhecendo-se o método, torna-se possível aferir a necessidade, adequação e correção do expediente utilizado, bem como a coerência do resultado alcançado.

Assim como todo método oculto, as interceptações telefônicas podem interferir de forma determinante no julgamento. As informações obtidas

---

dos em homenagem ao Professor Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 536.

11. PRADO, Geraldo. *Prova penal e controle de sistemas epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 62.
12. Idem, p. 69-73.
13. ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit., p. 545-549.

sempre causam impacto, porque geram uma forte impressão de que contém toda a realidade, como se os fatos juridicamente relevantes pudessem ser reduzidos a uma unidade[14]

A realidade que se apresenta é bastante complexa. As partes e o juiz geralmente lidam com diálogos recortados, descontextualizados e que foram capturados em tempos distintos. Em regra, esses diálogos são cuidadosamente selecionados e introduzidos no relatório final da investigação, porque apresentam alguma relação, ainda que distante, com a hipótese em investigação. Isentos de controle e de fiscalização, os recortes são reproduzidos automaticamente na denúncia e ingressam no processo como significantes probatórios que pesam a favor da condenação.

A insegurança é premente. A transcrição gera uma barreira epistemológica insuperável. O conhecimento é adquirido de forma indireta e se limita ao que foi previamente escriturado na investigação preparatória.[15] O investigador conhece o inteiro teor da comunicação interceptada, mas o Juiz e o Ministério Público acessam somente os diálogos que foram transcritos. Eles confiam cegamente na informação que o dado imediato pretende fornecer,[16] e ignoram que nesse mundo oculto, um simples caráter descritivo é ilusório.[17] Tornam-se, então, reféns da hipótese do investigador e se rendem à máxima indutiva de que só há uma conclusão possível.[18]

Naturalmente, nesse cenário sombrio, a defesa esbarra em dezenas de obstáculos epistemológicos: dificuldade de localizar o diálogo em meio às milhares de horas interceptadas, incerteza sobre o marcos temporais da interceptação, dúvida sobre real contexto da comunicação. Por óbvio, diante da blindagem cognitiva promovida pelo método oculto da interceptação da conversa telefônica, o processo se transforma em instância legitimadora da prova pré-constituída. A renúncia à verificação dos diálogos, pela via da processualidade democrática, diminui sensivelmente a possibilidade de refutação para a defesa.

14. PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 85.
15. MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Op. cit.
16. BACHELARD, Gaston. *Estudos*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008, p. 14.
17. Idem, p. 20.
18. CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. vol. 2. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000, p. 25.

O caráter seletivo e arbitrário dos dados interceptados, a fragilidade dos mecanismos de controle, a indeterminação temporal das conversas, o cognitivismo indireto, a supremacia do indício e a lógica indutiva remetem ao obscurantismo inquisitório. Quando a investigação ocupa o lugar reservado ao processo e o conhecimento se desvincula da racionalidade discursiva, a inquisitoriedade proclama sua vitória sobre a processualidade.

É preciso inverter essa realidade e enfrentar com rigor máximo a técnica inquisitória de gestão administrativa da verdade. Os órgãos investigativos não podem controlar a produção dos dados relevantes e a forma como eles serão inseridos no julgamento, burlando os mecanismos de controle e de fiscalização, inerentes à processualidade democrática. Eles não podem limitar o horizonte cognitivo do processo.

No primeiro instante, por um lapso temporal mínimo, é aceitável que uma interceptação telefônica seja desenvolvida em segredo no Estado de Direito Democrático. Todavia, vencido o prazo e realizada a diligência, o que estava oculto deve ser desvelado. O juízo de necessidade, correção e adequação do método deve entrar em cena e ocupar lugar de destaque no "palco processual".[19] A informação imediata que o dado pretende fornecer precisa ser verificada, testada e confrontada, sujeitando-se ao processo de objetivação da prova, antes de estar apta a ser valorada pelo juiz.

Compreendendo-se a processualidade democrática como *standard* constitucional e a prova como elemento fundante dessa processualidade, torna-se possível abandonar a lógica indiciária e pensar na processualização das informações interceptadas.

## 4. A PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA COMO ANTÍDOTO AO OBSCURANTISMO INQUISITÓRIO

O processo pode ser compreendido como instituto indispensável ao controle de democraticidade nos Estados de Direito Democrático. Pela via da processualidade, esse controle se inicia no nível instituinte da lei e se estende aos momentos de compreensão da norma jurídica que será aplicada em determinado caso concreto. O processo estabelece um horizonte compartilhado de participação, controle e fiscalização entre os cidadãos e os

19. SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado Democrático de Direito e Processo Penal Acusatório*: a participação dos sujeitos no centro do palco processual. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

órgãos representativos do Poder estatal, nos diversos momentos de criação do Direito.[20] Em suma, o processo remete ao diálogo constitutivo do Direito democrático.

Uma sociedade livre e plural, que compreende que a democracia é um projeto aberto, indeterminado e infinito,[21] e que convive com a incompletude do ordenamento jurídico, não tem como abrir mão do processo. Sem ele, restaria somente o poder legislativo, administrativo e jurisdicional, exercido sem controle e sem participação. Nesse ambiente de puro poder, os cidadãos estariam elididos da construção do Direito. O Estado criaria, interpretaria e aplicaria a lei, exercendo seu poder de império. E os cidadãos seriam obrigados a acatá-la incondicionalmente. Haveria, então, um Direito autocrático a ser obedecido acriticamente.

No campo da jurisdição penal, o processo assegura ao cidadão-parte a oportunidade de controlar a produção da decisão penal, pelos mecanismos da interpretação, da argumentação e da produção de prova. O controle de democraticidade se concentra na revisitação crítico-construtiva da legislação penal e se materializa no esforço empreendido, pelas partes, na construção compartilhada da decisão.

A derrocada do legalismo nos ensinou que o Direito não está embutido na norma, pronto para ser aplicado pelos juízes (*jus dicere*). Como consequência, a comunidade jurídica sentiu a necessidade de abandonar aquele raciocínio de subsunção da lei ao caso concreto e partir para a interpretação. Nesse momento, contudo, a hermenêutica dos magistrados se impôs à interpretação das partes, produzindo déficit de democraticidade. Os juízes passaram a interpretar unilateralmente o espírito da lei e a vontade do legislador. Em nome da suposta carga axiológica subjacente ao Direito, começaram a decidir com discricionariedade (*jus dare*), sem perceber que estavam impondo a sua subjetividade ao mundo. Os jurisdicionados se tornaram simples receptores de um Direito pré-concebido na consciência de quem detém o poder de julgar.

Veio, então, a crise do positivismo e, com ela, a certeza de que o conteúdo jurídico não pode ser exportado da lei para a mente do juiz. O normativismo da jurisprudência violou preceitos democráticos. Se o Direito surge como um mar revolto de normas em permanente tensão concorrendo entre si para regerem

20. LEAL, Rosemiro Pereira. *A Teoria institucionalista do processo*: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

21. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 164.

situações,[22] imprescindível haver uma hermenêutica mais livre, dinâmica e aberta. Por imposição da democracia, as tensões jurídicas devem se resolver no processo, dentro daquele ambiente compartilhado de participação, controle e fiscalização que recepciona, igualmente, os cidadãos e os órgãos representativos do Poder estatal. Com efeito, a jurisdição não pode instrumentalizar o processo para que os juízes proclamem autocraticamente a verdade.

Não é difícil compreender a incompletude do Direito e a imprescindibilidade da processualidade democrática, quando se pensa no Direito Penal. A necessidade de revisitação crítico-construtiva da legislação pode ser percebida a partir da indeterminação da pena. Em caso de condenação, a pena abstrata precisa se converter em uma pena concreta.[23] Os marcos abstratos de pena demonstram que o Direito Penal não está pronto para ser aplicado, por meio aquela daquela atividade mecânica de aplicação da norma ao caso concreto. No mesmo sentido, a indeterminação da pena revela que o Direito Penal não se esgota na interpretação valorativa do julgador.

A quantificação da pena depende da argumentação das partes. Quem for declarado culpado não pode ser alijado do cálculo da pena.[24] Se o processo se instaura como garantia de participação, controle e fiscalização, nos diversos momentos de construção do Direito, o ordenamento jurídico haverá de conceder ao acusado a oportunidade debater a dimensão de sua responsabilidade, em condição de igualdade com o Estado. Concretamente, sua interpretação e argumentação se estendem à dosimetria da pena.

Exatamente porque vivemos em uma democracia que proclama o pluralismo e reconhece a incompletude do Direito, a processualidade democrática adquire *status* de *standard* constitucional. Existe um padrão processual que incide como fator de legitimação de toda decisão, independentemente da complexidade procedimental. Interpretação, argumentação e a atividade probatória são elementos indissociáveis da processualidade democrática, que se manifestam

22. CARVALHO NETTO, Menelick. A Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 40.

23. Mas, lembre-se de que a absolvição e a extinção de punibilidade são realidades possíveis. Por isso, a relutância mineira em compreender a instrumentalidade do processo em razão de sua necessidade para a aplicação da pena.

24. Presume-se, nesse momento, como situação ideal, a cisão do julgamento em duas fases: análise de responsabilidade e cálculo da pena, exclusivamente na hipótese de condenação.

de forma interativa, legitimando o provimento jurisdicional. Antes de decidir, competirá ao juiz fixar o objeto do processo penal, orientando a atividade argumentativa e probatória das partes. A prova valida o argumento e fixa fatos que serão recepcionados obrigatoriamente pela sentença. Nesse contexto de processualidade, decidir não mais expressa o sentimento fundamentado do julgador, mas sim o resultado de um processo democrático de permanente objetivação jurídica.

## 5. A PROVA COMO ELEMENTO FUNDANTE DA PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA

Como elemento fundante da processualidade democrática, a atividade probatória interage com a interpretação e a argumentação desenvolvidas no processo, gerando os referenciais que repercutem obrigatoriamente na decisão jurídica, sempre como resultado do processo de objetivação. Em se desconectando do bloco de processualidade e se inserindo no campo de valoração subjetiva do magistrado, a prova perde sua objetividade e entra em conflito com o *standard* constitucional. Nesse momento, o decisionismo anula a processualidade.

De acordo com o *standard* constitucional de processualidade democrática, a parte é livre para interpretar e desenvolver sua argumentação, mas esbarra sempre no limite probatório. Sem prova, o argumento jamais se valida. Em regime de fiscalização recíproca, as partes e o juiz vão conhecendo os argumentos válidos, que serão incorporados pela sentença. Assim é que o Direito ganha objetividade, quando submete seus desafios ao método de objetivação.[25]

A aderência da atividade probatória ao padrão constitucional de processualidade não é automática. Ao contrário, depende da convergência de alguns fatores: (a) um conceito de prova que remeta a atividade probatória a uma perspectiva mais dinâmica, compatível com o controle processual de democraticidade; (b) a valorização da diversidade de percepção dos sujeitos do processo, que vai refletir na necessidade de interlocução entre as partes e o julgador; (c) a imposição de limites à subjetividade do juiz.

A revisão conceitual é necessária para se combater o caráter estático da prova. Na teoria do processo, a prova continua sendo tratada como objeto a ser compreendido pelo pensamento. A relação entre sujeito e prova é uma relação estática, que preserva a separação rígida entre sujeito cognoscente e o objeto conhecido. Análises adequadas permitem ao sujeito identificar o

25. BACHELARD, Gaston. *A epistemologia*. Lisboa: Edições 70, p. 40.

objeto e entender a realidade. O conceito de prova guarda imediata relação com epistemologia do realismo grego. A prova é equiparada a um dado real, a ser analisado pelo juiz. Enquanto sujeito cognoscente qualificado, ele valora a prova e encontra a verdade.

Geralmente, os conceitos de prova são elaborados a partir de alguns referenciais que evidenciam essa aderência à epistemologia realista: convicção, convencimento, consciência, certeza, verdade, juiz. Por mais que as partes desenvolvam a atividade probatória, no final, o juiz se desconecta do diálogo processual. Legitimado por suas percepções, ele vai reconstruir o caso, solitariamente, como se estivesse remontando as peças de um quebra-cabeça, até completar a imagem final.

É comum encontrar nos livros conceitos que rompem com o bloco de processualidade democrática, e que concentram na figura do juiz o poder de eleger os fatos provados por meio de sua atividade intelectual. A ruptura com o padrão de processualidade ocorre quando a valoração da prova se desvincula do controle, da fiscalização e da argumentação das partes, e se concentra no momento de prolação da sentença, materializando-se de forma individualizada dentro do gabinete.

Nesse instante, a atividade intelectual do magistrado se torna autossuficiente. Seu íntimo convencimento corresponde à certeza de que os fatos ocorreram daquela forma. Sua sabedoria dispensa o debate argumentativo e o confronto probatório intra-partes. Nada o surpreende, não há limite para o seu conhecimento. Se houver dúvida, ele olhará atentamente para a prova, e saberá formular o juízo correto, como se fosse imune ao erro. E, se por acaso, a prova produzida pela parte não corresponder à verdade, ele saberá onde encontrá-la, atuando de ofício. Não existe risco. Sua mente é provida de conceitos, que lhe permitem desvendar a realidade. Apenas se lhe exige que fundamente a decisão. Mas a fundamentação não resolve o problema. A liberdade concedida para formar a convicção permitiu que o julgador se libertasse do método de objetivação.

Perceba que o solipsismo cognitivo do juiz alimenta um subjetivismo sem controle. Se o magistrado pode eleger a prova e validar o argumento, formulando juízos sempre corretos, a decisão se caracteriza como sentimento pessoal, que depois será fundamentado, e não como o resultado de um processo de objetivação jurídica. Argumentos não serão validados no confronto probatório intra-partes. A prova não mais fixa fatos que condicionam a sentença de forma objetiva. O mérito sobrevive na mente do julgador. Ele elegerá a prova e o argumento que lhe sugiram a verdade.

Decerto, todo conceito de prova que conserva a epistemologia do realismo anula o padrão constitucional de processualidade, porque centra no juiz o poder de selecionar dados relevantes e afasta as partes da etapa de valoração da prova e de validação do argumento. Assim, a atividade jurisdicional se torna autossuficiente, dispensando os expedientes democráticos do controle e da fiscalização. A prova concebida como objeto de conhecimento, colocada à análise de um sujeito cognoscente privilegiado, revela incompatibilidade com a processualidade democrática.

Com efeito, a relação argumento-prova-decisão-fundamentação precisa ser inserida em uma realidade mais dinâmica, que lhe permita orientar pelo controle de democraticidade. Se não houver controle, prevalecerá o decisionismo do magistrado. Impedir juízos discricionários e arbitrários era uma preocupação que já se fazia presente entre os teóricos do século XIX.

Carl Joseph Anton Mittermaier alertava para o perigo que seria o magistrado julgar conforme sua opinião, e sustentava a necessidade de se instituir uma teoria de prova que o obrigasse a ter os fatos por certos e demonstrados.[26] Contrário à íntima convicção e ao julgamento por jurados, apostava no juiz técnico e na fundamentação da decisão.

Nicola Franmarino Dei Malatesta, preocupado com as paixões da alma, argumentava que o convencimento não deve se fundar em apreciações subjetivas do juiz. Fatos e provas precisariam criar a mesma convicção em terceiros, proporcionando o que o autor denominava de sociabilidade do convencimento. Para ele a motivação permitiria à sociedade controlar o convencimento do magistrado.[27]

Os teóricos do século XIX sabiam que o subjetivismo poderia definir a decisão, mesmo quando proferida pelo juiz técnico. A queda da inquisitoriedade religiosa fez ascender o debate sobre um sistema de julgamento mais adequado, trazendo à tona a preocupação com a íntima convicção, que era determinante no julgamento por jurados. A preocupação ganhou nova proporção quando os indícios passaram a ser considerados meios de prova. Naquele momento, a Europa continental optou pelo juiz monocrático. Prevaleceu a persuasão racional, e a esperança foi depositada na fundamentação. Os juízes tinham liberdade para valorar a prova, inclusive os indícios, desde que expusesse as

26. MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 82-83 e p. 104.

27. MALATESTA. Nicola Franmarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 1996, p. 50-53.

razões de seu convencimento. Conhecendo-se os motivos, acreditava-se que as paixões da alma poderiam ser expurgadas.

O problema está em que, com o fim da inquisitoriedade eclesiástica, surgiu uma nova manifestação de inquisitoriedade. A nova forma preservou a gnoseologia inquisitória. Concretamente, poucas circunstâncias permitem diferir as duas manifestações. A neo-inquisitorial eliminou o sistema tarifado de provas contribuindo para a ascendência dos indícios; "relativizou" a confissão – que deixou de ser a rainha das provas, mas não perdeu o *status* de objeto do desejo no processo penal; baniu a tortura física porém, conviveu com a tortura psicológica; reinstituiu o *actum trium personarum* – mantendo, contudo, o protagonismo judicial, em detrimento da atuação das partes.

Com a abolição da tortura e do formalismo das regras probatórias, os indícios foram classificados como meios de prova e potencializaram a valoração subjetiva do julgador. Lembre-se de que na inquisitoridade religiosa os indícios autorizavam tão somente a tortura. A confissão é que permitia a condenação. Já na neo-inquisitoriedade, os indícios começam a fundamentar a condenação. Mas, o que são os indícios, senão operações mentais alimentadas pelo raciocínio indutivo? São conclusões mais ou menos prováveis sobre alguma coisa, não importando a maneira como foram obtidas.[28]

Kai Ambos comenta haver dúvida se os indícios condicionaram a livre apreciação ou se foi o contrário.[29] Mas, parece lógico que a liberdade para formar a convicção, inclusive com base nos indícios, impulsionou o convencimento íntimo, subjetivo e irrefutável do julgador,[30] que nunca se revelava na fundamentação.

Aqui o ciclo se fecha, evidenciando a associação da prova com o realismo. O juiz sujeito cognoscente tem liberdade para valorar a prova, formular juízos corretos e proclamar a verdade, independentemente da atividade argumentativa e probatória das partes. Depois de conferir uma liberdade ilimitada ao magistrado, nos dois últimos séculos, o Direito contemporâneo alimentou a ilusão de que a motivação permitiria ao jurisdicionado controlar a subjetividade do julgador.

28. CORDERO, Franco. Op. cit., p. 20.

29. AMBOS, Kai. El principio acusatório y el proceso acusatório: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica. In: WINTER, Lorena Bachmaier. *Proceso penal y sistemas acusatórios*. Marcial Pons: Madrid, 2008, p. 59.

30. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 46.

O sistema jurídico ainda não se deu conta de que se tiver desvinculada do bloco de processualidade democrática, a fundamentação tenderá sempre ao subjetivismo, e que o controle pela fundamentação será sempre fictício. As escolhas pessoais podem ser dissimuladas na motivação. Livre convicção, indícios e fundamentação compõem a gnoseologia neoinquisitorial que o processo constitucional democrático pretende combater. Essa gnoseologia se alimenta dos dados produzidos ocultamente na investigação, impondo a supremacia da lógica indiciária sobre a prova processualizada.

Franco Cordero explica o vínculo que se estabeleceu no processo penal do século XIX entre a gnoseologia inquisitória e os indícios. Segundo o processualista italiano, as provas adquirem valor na medida em que os juízes lhes atribuem importância. Livre convencimento expressa o poder de escolha do juiz onisciente. Todo dado é útil, não importando como foi conhecido. Provas proibidas e não provas foram valoradas (denúncia, informe de polícia, escrito anônimo). O autor adverte que, independentemente de como formularam seus juízos, o magistrado sempre apresentou suas razões.[31]

Nesse aspecto, Luigi Ferrajoli endossa o raciocínio de Franco Cordero, e explica que na epistemologia inquisitória prevalece o decisionismo processual. A decisão é sempre potestativa, e confiada à sabedoria do juiz. Suas conclusões resultam mais de valorações subjetivas do que de referências fáticas objetivamente comprovadas. O convencimento íntimo, subjetivo e irrefutável do julgador degrada a verdade processual, empírica, pública e intersubjetivamente controlada.[32]

A revisão do conceito de prova passa pela superação da gnoseologia inquisitória e, mais especialmente, pela demarcação terminológica entre indício e prova. Somente assim, será possível enquadrar a atividade probatória em uma perspectiva mais dinâmica, que valorize a diversidade de percepção entre os sujeitos do processo, e que a libere definitivamente das amarras do realismo grego.

Prova é uma palavra polissêmica que sempre gerou confusão quanto ao seu real sentido. Às vezes, o termo denota uma fonte de prova, ou seja, tudo que pode ser valorado e produzir informação relevante (conversa entre pessoas pelo telefone); em certos momentos, remete ao meio ou atividade das partes que captam os dados capazes de validar argumentos (escuta telefônica); pode indicar também a formalização das informações relevantes (degravação); e,

31. CORDERO, Franco. Op. cit., p. 6-36.

32. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 46.

por fim, pode expressar o resultado da atividade probatória (contextualização de cada recorte de conversa inserido pelo investigador).

Com efeito, a riqueza semântica e a complexidade do instituto evidenciam a necessidade de se promover a decomposição desse fenômeno em quatro estágios.

A estratificação contribuirá com subsídios que nos permitirão enfrentar os entraves epistêmicos herdados do realismo grego, e que foram incorporados pela gnoseologia inquisitória: (a) separação entre sujeito cognoscente e objeto, com a consequente preservação da neutralidade do sujeito; (b) desconhecimento de que sujeito do conhecimento é também objeto de conhecimento, e de que coisas que ele apreende estão sendo processadas, recodificadas, traduzidas, gerando sensações que transfiguram a realidade objetiva; e (c) negação do inconsciente e da influência da subjetividade.

A decomposição do fenômeno prova em quatro estágios permitirá compreender melhor a complexidade do instituto. A prova parte da indiciariedade (fonte), passa pela captação dos dados indiciários (meio de prova) e entra na formalização dos dados captados (chamada equivocadamente de resultado).[33] Porém, a formalização não esgota a atividade probatória. A filtragem e a testificação dos dados formalizados constituem a fase mais importante, porque, nela, as diversas percepções se manifestam e interagem entre si, permitindo, por exemplo, a contextualização das falas capturadas.

Nesse ambiente compartilhado de participação, controle e fiscalização, a prova surge como resultado da interpretação e da argumentação jurídica que se desenvolve em torno dos dados formalizados. Prova é o resultado construído pelas partes dentro de um horizonte de possibilidades que se instaura no processo. Para se pensar na prova como fenômeno dinâmico, que se manifesta em estreita sintonia com a processualidade democrática, é preciso se conscientizar da importância do quarto estágio. É nessa fase que se produzem, democraticamente, os significantes que vão conferir objetividade à decisão jurídica.

Para ilustrar, tomemos como exemplo uma faca contendo vestígios de sangue, que foi apreendida na casa de um suspeito de praticar crime de homicídio por perfuração. O objeto apreendido representa a prova material do delito? Não, representa apenas uma fonte de prova. A indiciariedade denota algumas possibilidades, e todas elas precisam ser consideradas. Imagine, por

33. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do processo*. 5. ed. Thomson-IOB, 2004, p. 180-188.

um segundo, se a perícia concluir que os vestígios de sangue não eram de um ser humano?

A questão é que, inconscientemente, no primeiro contato com as evidências, o ser humano se contamina e começa a formular juízos. Sem interagir suas percepções, os sujeitos do processo se tornam reféns da própria intuição, e agem iludidos pelas primeiras impressões. Acreditando na capacidade de captação imediata do fenômeno, eles se apropriam do direito de decidir antecipadamente.[34] Abandonam o processo de formação prova, logo nas primeiras fases.

A gnoseologia inquisitória se aproveitou de uma tendência absolutamente natural do ser humano: julgar com dados provisórios. Se a prova se caracteriza como resultado da interpretação e da argumentação jurídica que se desenvolve em torno dos dados formalizados, dentro de um horizonte de possibilidades que se instaura no processo, o inteiro teor dos diálogos, não somente os recortes, precisam ser imersos na processualidade democrática. Não o sendo, serão apreciados sempre subjetivamente. A decisão não terá nada de objetivo, nem a fundamentação.

## 6. A PROCESSUALIZAÇÃO DAS INFORMAÇÕES INTERCEPTADAS

Como romper com o obscurantismo que cerca o método oculto de interceptação das comunicações? Que mecanismos permitem aferir a necessidade, adequação e correção da técnica invasiva? É possível avaliar a coerência do resultado? O que fazer para submeter as informações captadas à processualidade democrática? Essas são as questões que precisamos enfrentar.

O ponto de partida está na preservação do trabalho que foi realizado ocultamente. Todas as informações inerentes à realização da medida precisam ser conservadas. Elas são capazes de revelar todos os detalhes do procedimento de captação de dados, especificando, por exemplo, a metodologia utilizada e o momento de obtenção de cada fonte de prova. Elas retiram o inteiro teor das comunicações da penumbra inquisitória.

O armazenamento dos elementos informativos é fundamental para comprovar a idoneidade do trabalho desenvolvido. É ele que torna possível aos sujeitos do processo acessar o material produzido e aferir a necessidade, a adequação e a correção da técnica invasiva, bem como avaliar a coerência na formalização de dados. No caso da interceptação das comunicações, os registros

34. BACHELARD, Gaston. *Estudos*, cit., 2008.

das gravações permitem ampliar o horizonte cognitivo para além dos diálogos recortados. A conservação do trabalho cria condições para que as conversas sejam introduzidas naquele ambiente compartilhado de participação, controle e fiscalização que se faz presente na produção da prova e na criação do Direito democrático.

Apesar de omissa na literatura brasileira, a preservação das informações é conhecida na teoria do processo penal como cadeia de custódia.[35] A não conservação do trabalho compromete a idoneidade dos dados captados, gerando a exclusão da prova.

O segundo passo constituiria na obrigatoriedade de informar a pessoa atingida, imediatamente após o encerramento da medida, e na adoção de regras de revelação e de descoberta da prova do direito anglo-saxão (*disclosure* e *discovery*).[36] Para combater o obscurantismo inquisitório e anular o caráter oculto da interceptação, as comunicações interceptadas precisam ser reveladas em tempo oportuno.

O ideal seria instaurar, ao final da interceptação, o incidente probatório. Antes de se iniciar o processo, propriamente, seria possível convocar as partes para analisar a necessidade, a adequação e a correção da medida, bem como para verificar se houve coerência na formalização de dados. O incidente resgataria a fiscalidade processual indispensável para se demarcar, com segurança, os diálogos que se relacionam com o objeto da investigação e que precisam passar pelo crivo do contraditório. A garantia de participação, controle e fiscalização permitiria às partes eleger o destino das conversas que não interessam ao debate processual, impedindo, por consequência, os vazamentos indevidos. A presunção de inocência e a intimidade estariam, assim, melhor resguardadas.

Certificada a legalidade, reforçada a cautela, seria possível admitir os diálogos captados como indícios válidos, e remetê-los ao filtro da processualidade democrática. Inseridas no processo, e submetidas à ampla interpretação e argumentação das partes, as comunicações interceptadas poderiam se converter em provas, validando enfim os argumentos. Passando pelo método

35. Nesse sentido, PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 77-80 e DEU, Teresa Armenta. *Sistemas procesales penales*: la justicia penal en Europa y America. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 82.

36. Nesse sentido, RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte americano*. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 184-87 e DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado*: análisis comparada del proceso legal. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 2000, p. 226-231.

de objetivação, o processo penal combate o obscurantismo inquisitório que norteia a interceptação das conversas, impede o vazamento de diálogos pré-selecionados e agrega fundamentalmente objetividade à decisão final. Esse método de objetivação protege a presunção de inocência e a intimidade contra os abusos denunciados na Lava Jato.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Operação Lava Jato colocou em evidência a interceptação telefônica. O destaque permitiu questionar o obscurantismo inquisitório que norteia a produção da prova.

Os problemas concretamente diagnosticados insegurança sobre o tempo de duração da interceptação, indeterminação do juiz natural, vazamento de diálogos de investigados, vazamento de conversas que não se relacionavam com a investigação e divulgação de conversas quando já não mais subsiste autorização judicial decorrem da ausência de controle e de fiscalização durante a execução da medida invasiva.

A liberdade absoluta com que o investigador opera, e que lhe permite recortar trechos de conversas que corroboram a hipótese em investigação, gera uma barreira epistemológica intransponível para o processo. O horizonte cognitivo do magistrado e das partes se estaciona na hipótese investigada.

Esboçou-se, no artigo, uma espécie de resistência contra o manto de invisibilidade que recobre a gravação de conversas realizadas pelo telefone. Buscou-se nos elementos fundantes da processualidade democrática subsídios para submeter tanto as comunicações interceptadas, quanto os diálogos recortados, aos critérios de permanente objetivação jurídica.

Contra o universo dos indícios (diálogos pré-selecionados), defendeu-se a processualização das informações captadas. A ideia de se instaurar o incidente processual, ao término da interceptação, convocando-se as partes para analisar a necessidade, a adequação e a correção da medida, bem como para verificar se houve coerência na formalização de dados, é factível e não impõe dificuldade insuperável para a investigação, a acusação e o julgamento no ambiente democrático.

## 8. BIBLIOGRAFIA

AMBOS, Kai. El principio acusatório y el proceso acusatório: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica, p. 59. In:

WINTER, Lorena Bachmaier. *Proceso penal y sistemas acusatórios*. Marcial Pons: Madrid, 2008.

ANDRADE, Manuel da Costa. Métodos ocultos de investigação (Pladoyer para uma teoria geral). In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo Penal Constituição e Crítica*: estudos em homenagem ao Professor Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BACHELARD, Gaston. *A epistemologia*. Lisboa: Edições 70, 1996.

_____. *Estudos*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

CARVALHO NETTO, Menelick. A Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Vol. 2. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000.

DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado*: análisis comparada del proceso legal. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 2000.

DEU, Teresa Armenta. *Sistemas procesales penales*: la justicia penal en Europa y America. Madri: Marcial Pons, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Ed. RT, 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A Teoria institucionalista do processo*: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

_____. *Teoria Geral do processo*. 5. ed. Thomson-IOB, 2004.

_____. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

MALATESTA. Nicola Franmarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 1996.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A hiper-racionalidade inquisitória, p. 475-487. *In*: BONATO, Gilson (Org.). *Processo penal, Constituição e crítica*: estudos em homenagem ao Prof. Fr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MORO, Sergio Fernando. *Considerações sobre a Operação Mani Pulite*. n. 26. Brasília: CEJ, jul.-set./2004, p. 56-62. Disponível em: [http://s.conjur.com.br/dl/artigo-moro-mani-pulite.pdf]. Acesso em: 22 abr. 2016.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 1997.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e controle de sistemas epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte americano*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado Democrático de Direito e Processo Penal Acusatório*: a participação dos sujeitos no centro do palco processual. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- Boca do leão: validade das interceptações telefônicas decretadas com base em *notitia criminis* anônima, de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró – *RT* 927/529-553 (DTR\2012\451317);
- Crime de interceptação telefônica ilegal, prática de delitos por funcionário público e perda de cargo público por decisão judicial, de Rodrigo Teixeira Silva e Julia Mariz – *RTSP* 3/95-113 (DTR\2014\930); e
- O regime brasileiro das interceptações telefônicas, de Ada Pellegrini Grinover – *RBCCrim* 17/112-126 – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 3/41-63 (DTR\1997\16).

85934

# Crítica à cobertura midiática da Operação Lava Jato

## *A criticism of the "Lava Jato Operation" media coverage*

**Marcus Alan de Melo Gomes**

Pós-doutor pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor e mestre em Direito Penal pela PUC-SP. Professor Associado do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará (UFPA), credenciado ao Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos. Professor Convidado da Escola de Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (Portugal). Visiting Scholar na Durham Law School (Inglaterra) em 2015. Juiz de Direito em Belém.
marcusalan60@hotmail.com

**Área do Direito:** Penal

**Resumo:** Os meios de comunicação de massa no Brasil têm reservado amplo espaço de pauta nos últimos dois anos para a cobertura da chamada Operação Lava Jato e de suas repercussões políticas, dedicando especial atenção a determinados atos da investigação realizada pela Polícia Federal, como a celebração de acordos de colaboração premiada, além das decisões do juiz da 13.ª Vara Criminal da Justiça Federal em Curitiba. Trata-se de um episódio que reanima o debate sobre a delicada relação que aproxima a mídia do sistema penal, a relevância da criminalização midiática para a construção da realidade no imaginário coletivo e os reflexos dessa dinâmica no acirramento das expectativas punitivas concentradas sobre os investigados e réus do caso. O objetivo do presente artigo consiste em proceder a uma análise crítica dessa cobertura midiática, levando em consideração o poder dos mass media de criar mitos representados pelos personagens processuais da operação, bem como delinear breves reflexões sobre uma nova forma de manifestação do populismo penal consubstanciada na campanha promovida pelo Ministério Público Federal com o propósito de legitimar a propositura de um projeto de lei de iniciativa popular tendo por conteúdo as 10 Medidas Contra a Corrupção.

**Abstract:** In the last 2 years, the Brazilian mass media has been dedicating a lot of their journalistic agenda to cover the so-called "Lava Jato Operation"" and its political repercussions. They draw special attention to certain parts of the investigation that has been conducted by the Federal Police, such as the plea bargaining agreements, and the decisions made by the judge at the 13th Federal Criminal Court in the city of Curitiba. This coverage sets the debate aflame in relation to thefine line that brings the media close to the criminal justice system, the relevance of criminalizing through the media in order to build the reality that shapes the collective imaginary and the reflection that this dynamics creates, namely the expectation of more stringent punishment for those under investigation as well as the defendants of the case. The aim of this article is to conduct a critical analysis of this media coverage by taking into account the power that the mass media has to turn the charactersinvolved in the investigation into myths. We also analyzed a new form of penal populism manifestation, which was substantiated by the campaign promoted by the Public Prosecutor´s office whose focus is to legitimize the proposition ofa bill, based on people's initiative, called the10 Measures Against Corruption.

Gomes, Marcus Alan de Melo. Crítica à cobertura midiática da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 122, p. 229-253, ago. 2016.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mídia - Operação Lava Jato - Criminalização Midiática - Mitos - Populismo Penal.

**KEYWORDS:** Media - "Lava Jato Operation" - Criminalization through the media - Myths - Penal Populism.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O *cão de guarda* do poder punitivo - 3. A midiatização da Operação Lava Jato - 4. Os mitos, heróis e bandidos da criminalização midiática - 5. As *10 Medidas contra a Corrupção* do Ministério Público Federal e o populismo penal - 6. Considerações conclusivas - Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

A pauta dos meios de comunicação no Brasil vem sendo preenchida, nos últimos dois anos, com intermináveis notícias sobre uma longa e complexa investigação instaurada pela Polícia Federal, e que ensejou diversas ações penais tendo como réus empresários, políticos e funcionários públicos, concentradas no juízo da 13.ª Vara Criminal da Justiça Federal de Curitiba, no Paraná, cujo juiz, Sérgio Fernando Moro, tem o nome mencionado ininterruptamente em espaços da mídia jornalística escrita, televisiva e virtual. Várias prisões provisórias – temporárias e preventivas – foram decretadas e cumpridas ao longo desse período, sempre com intensa divulgação dos *mass media*. As condenações têm sido amiúde noticiadas com riqueza singular de informações, mediante celeridade reveladora de uma estreita aproximação entre os jornalistas e suas fontes no âmbito da justiça. Atos sensíveis da investigação praticados pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal – sobretudo acordos de colaboração premiada celebrados com investigados e réus – foram reunidos em *fases*[1] que já somaram as dezenas, numericamente contabilizadas sem um critério legal

1. É interessante notar como as agências do sistema penal são criativas para legitimar sua atuação. Diferentemente do que ocorre no processo penal, em que os ritos são efetivamente compostos de *fases procedimentais* (postulatória, instrutória e decisória; no procedimento de competência do Tribunal do Júri, o *judicium accusationis* e o *judicium causae*), estas não são previstas pela lei processual penal no inquérito policial. Todavia, a divisão da investigação em etapas deixa transparecer uma ação ampla e profunda, de rigoroso enfrentamento da corrupção, de tal modo que às fases posteriores só se consegue chegar pelo êxito – calculado segundo as prisões temporárias decretadas e delações obtidas – das que as antecedem. O que se descobre hoje é o que permite que o trabalho prossiga amanhã, um raciocínio que faz de determinados meios de prova – como a colaboração premiada – verdadeiras vedetes midiáticas. É a lógica do anúncio das "cenas dos próximos capítulos" oportunamente aplicada à investigação policial.

que permita compreender claramente a finalidade de cada uma delas. Esse extenso episódio de persecução penal reproduz uma prática que se tornou corriqueira no país, difícil de ser explicada nas salas de aula das faculdades de direito simplesmente por não haver, dela, previsão no ordenamento jurídico: a *representação* da investigação policial por um termo de significado atribuído, metafórico, uma espécie de registro civil do inquérito e do processo penal, aos quais outorga um tipo de personalidade jurídica *sui generis*, fantasiosa, mas que permite a imediata identificação pelo público de toda a dinâmica das agências do sistema penal em um determinado caso concreto. Desse modo, a expressão *Operação Lava Jato* ingressou na agenda pública com um sentido peculiar e dele derivaram *mitificações* criadoras de verdadeiros personagens que encarnam valores opostos e extremos: o acusador-investigador-inquisidor, o juiz metódico e implacável, o "japonês da Federal", os acusados poderosos (o doleiro, o *marketeiro*, o empreiteiro etc.).

Muitos fatores contribuem para a vocação midiática da Operação Lava Jato:[2] a posição social dos investigados e réus (grandes empresários, parlamentares no pleno exercício de mandato eletivo, servidores públicos influentes); as prisões provisórias fartamente decretadas e sua relação direta com o emprego de alguns meios de prova, notadamente a colaboração premiada; o impacto político de decisões cautelares e condenações proferidas pelo juiz, reverberadas pelos meios de comunicação; a *partidarização* do debate público sobre o episódio; o enaltecimento do discurso de moralização política do país. Surge, da associação de tantas circunstâncias midiatizáveis, um espesso caldo de cultura do qual germina uma radicalização passional do punitivismo, talvez sem precedentes no período democrático pós-1988. Um quadro que é seguramente agravado pela capacidade dos meios de comunicação de preencher o debate público com temas técnicos próprios do direito e do ambiente da justiça criminal, promovendo uma inversão, todavia, de sua complexidade, real ou aparente. Assim, questões tidas como banais na rotina de varas judiciais e tribunais, como a condução coercitiva de alguém para prestar depoimento, são

2. A cobertura jornalística, marcada pela superficialidade, pontualidade e falta de precisão das informações, dá conta de que a investigação da Polícia Federal apura, como parte de um amplo objeto fático, irregularidades em contratos celebrados por empresas privadas e a Petrobras, consistentes numa verdadeira distribuição de vantagens indevidas e benefícios ilegais a funcionários públicos e políticos, em troca de favorecimentos a terceiros (pessoas físicas e jurídicas) nas negociações e serviços pactuados com a empresa pública federal. Muitas dessas irregularidades, ainda segundo os meios de comunicação, teriam relação com o financiamento de campanhas eleitorais para diversos cargos eletivos na esfera federal dos poderes Executivo e Legislativo.

repentinamente transformadas em um assunto de intrincada indagação jurídica. Outras matérias, essas, sim, de complicados contornos normativos, inclusive no campo constitucional – como a colaboração premiada ou a fixação de competência nas hipóteses de foro por prerrogativa de função – são reduzidas a uma singeleza muito conveniente ao eficientismo punitivo. Não há dúvida, é claro, de que decisões proferidas pelo juiz ao longo das diversas fases da Operação Lava Jato constituem o mote desse reducionismo reflexivo.

É interessante observar como a simplificação da realidade costuma caracterizar o emprego da força estatal em situações limítrofes, nas quais garantias fundamentais e liberdades individuais são colocadas em xeque. E os meios de comunicação funcionam, aqui, como um megafone da dicotomia de opiniões sobre o mundo, transformado-o em uma moeda com suas duas faces. Veja-se, por exemplo, a rotina de "batismos" de certas investigações policiais no Brasil e a natureza simbólica – portanto, representativa – dessa estratégia. Incursões militares são identificadas como *operações*. A ação militar dos Estados Unidos no Iraque e no Kuwait, iniciada em 1991, com uma sequência de bombardeios aéreos, foi designada pelas Forças Armadas Americanas *Operação Tempestade no Deserto*. No Brasil, as três investidas do Exército sobre o movimento guerrilheiro instalado na região do Rio Araguaia na Amazônia e que, nos primeiros anos da década de 1970, já oferecia incômoda resistência ao governo militar, foram também batizadas com nomes singulares: as operações *Papagaio* (1972), *Sucuri* (1973) e *Marajoara* (1973) resultaram na morte violenta de dezenas de pessoas consideradas subversivas, muitas delas em circunstâncias até hoje não esclarecidas.

O vocábulo *operação* remete, quando empregado nesse contexto, àquilo que é bélico. No caso da Lava Jato, não apenas a investigação policial, marcada por uma intensa atuação do Ministério Público Federal, tem uma designação metafórica – lava-jato faz pensar em limpeza, eliminação da sujeira, lavagem de dinheiro – mas igualmente as suas diversas *fases* (que país é esse?, a origem, *erga omnes*, conexão Mônaco etc). Tudo a alimentar uma acentuada profusão midiática da ideia de *guerra* contra a corrupção, da finalmente alcançada igualdade de aplicação da lei penal para todos.

Mas o que a Operação Lava Jato veio confirmar foi algo que a crítica criminológica[3] já aponta há vários anos: o emaranhado de conexões que aproxima a

3. Sobre a questão, podem ser citados: BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Discursos sediciosos*: crime, direito e sociedade. ano 7. n. 12. Rio de Janeiro: Revan, 2002; BERGALLI, Roberto; RAMÍREZ, Juan Bustos. *O pensamento criminológico II*: estado e controle. Rio de Janeiro: Revan, 2015; BUDÓ, Marília de Nardin. *Mídia e controle social*: da construção da criminalida-

mídia do sistema penal, a ponto de falar-se mesmo em uma *parceria* entre esses dois universos, o comunicacional e o punitivo.[4]

No presente artigo, se buscará proceder a uma análise da cobertura midiática da Operação Lava Jato, com o propósito de se delinear uma breve crítica sobre: a) a dinâmica de *mitificação* dos personagens processuais da operação, impulsionada pelo poder dos meios de comunicação de construir a realidade no imaginário coletivo, estabelecendo a agenda pública, e o incremento das expectativas punitivas em virtude desse fenômeno; b) uma nova manifestação de populismo penal no Brasil que se aproveita da cobertura midiática da operação, consistente na campanha promovida pelo Ministério Público Federal para a propositura de um projeto de lei de iniciativa popular versando sobre as *10 Medidas Contra a Corrupção*.

## 2. O *CÃO DE GUARDA* DO PODER PUNITIVO

A imprensa encarregada da fiscalização do poder nasceu com o pensamento liberal e o ideário político burguês que compuseram a ideologia de resistência às autocracias europeias do *Ancien Régime* no final do século XVIII. Seu papel como vigilante (cão de guarda) das escolhas e ações políticas foi decisivo para a construção das democracias modernas, em que a repressão penal deve encontrar limites na lei. Nada obstante, é um dado histórico inegável que o salto ideológico burguês-liberal promoveu tão somente uma *dança das cadeiras* no *status quo*, rearranjando o cenário econômico e político de modo a assegurar as

de dos movimentos sociais à reprodução da violência estrutural. Rio de Janeiro: Revan, 2013; CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2005; COHEN, Stanley. *Folk devils and moral panics*. Londres: Routledge, 2011; DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Barueri: Manole, 2004; GOMES, Marcus Alan de Melo. *Mídia e sistema penal*: as distorções da criminalização nos meios de comunicação. Rio de Janeiro: Revan, 2015; JEWKES, Yvonne. *Media & crime*. 2. ed. Londres: Sage, 2011; LAWSON, Tony; HEATON, Tim. *Crime & deviance*. 2. ed. Londres: Palgrave Macmillan, 2010; MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert. *The Oxford handbook of criminology*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012; PINA, Sara. *Media e leis penais*. Coimbra: Almedina, 2009; SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2008; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos*: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012; Idem. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

4. BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 271.

prerrogativas de um determinado estrato social a cujos interesses o sistema penal passou a servir. A defesa social, alavancada pelo determinismo positivista, criou classes de cidadãos e catalogou os criminosos, com a decisiva colaboração da imprensa. Assim,

> sem embargo de órgãos e jornalistas que, isolada e eventualmente, perceberam e profligaram as opressões penais, a imprensa legitimou intensamente o poder punitivo exercido pela ordem burguesa, assumindo um discurso defensivista-social que, pretendendo enraizar-se nas fontes liberais ilustradas, não lograva disfarçar seu encantamento com os produtos teóricos do positivismo criminológico, que naturalizava a inferioridade biológica dos infratores.[5]

Esse fenômeno parece ser cíclico e se repete no contexto neoliberal de nossos dias, acentuado pelas nuances de um modelo de Estado mínimo na afirmação de direitos e máximo no controle penal, e por uma imprensa inserida nas engrenagens das grandes corporações comunicacionais, que não mais fiscalizam o poder, pois também o exercem.[6] O cão de guarda das democracias atuais tem um especial interesse na legitimação do poder punitivo. E ele não apenas late. Também morde.

Em interessante trabalho sobre a colisão da liberdade de expressão e informação com o direito a um julgamento criminal justo, Schreiber constata que

> é preciso desmistificar a atuação da imprensa que se apresenta como mediadora desinteressada, que paira entre a sociedade e o Estado, comprometida exclusivamente com a democracia e a cidadania, conferindo visibilidade e, ao mesmo tempo, repercutindo demandas da população perante os órgãos governamentais (incluindo o Judiciário).[7]

Esse é o paradigma originário da imprensa que fiscaliza o exercício do poder para contê-lo e para auxiliar a sociedade na escolha de seus representantes políticos, superado pela mídia cuja atuação é orientada por "decisões políticas (e não técnicas), sujeitas às leis de mercado, refletindo apenas versões (muitas vezes simplificadas e estereotipadas) de fatos, comprometidas com projetos políticos determinados".[8]

---

5. Idem, p. 272.
6. RAMONET, Ignacio. *A tirania da comunicação*. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 39-40.
7. SCHREIBER, Simone. Op. cit., p. 365.
8. Idem, p. 366.

No que respeita à Operação Lava Jato, a cobertura dos meios de comunicação reforça o emprego de mecanismos de manipulação midiática[9] já há muito denunciados: a anulação das individualidades pela indução de valores e comportamentos que invadem todas as esferas da vida (cultural, política, social, familiar etc.); a simplificação das mensagens que massifica o receptor e compromete qualquer possibilidade de diálogo, de comunicação, já que a notícia não aceita resposta; a redução da complexidade das experiências humanas a uma fórmula que admite apenas dois sinais invertidos (bem e mal, certo e errado, justo e injusto, corrupto e honesto). Algo que, nas palavras de Castro,[10] constitui "o mais aterrorizante instrumento de controle e dominação" na sociedade de massa.

O trabalho das agências do sistema penal é um combustível barato que alimenta o motor da manipulação midiática. Barato e eficaz, pois cria estereótipos de mocinhos e bandidos, de vítimas e algozes,[11] e, com isso, estimula a passionalidade e bloqueia a reflexão racional. Quando deveria informar para emancipar, a mídia noticia para distorcer e cegar. Muito embora a opressão e os abusos que marcam o exercício do poder punitivo não possam ser escondidos, raramente há, sobre eles, um juízo crítico autônomo no senso comum. Ao contrário, vê-se mais apoio e legitimação do que repulsa e negação. É evidente que os processos de criminalização (primária e secundária) não realizam os fins que lhe são oficialmente atribuídos. Não evitam crimes, não ressocializam o criminoso, não satisfazem os interesses da vítima, não promovem paz social.

9. A manipulação da informação é o expediente mais eficaz de que se valem os *mass media* nas sociedades de consumo para criar uma opinião pública que tão somente reflita a opinião publicada, impondo-se, assim, de modo sutil, ideologias e perspectivas que nada tem a ver com o interesse público. É o que Blázquez (1999, p. 51) explica: "A informação de massas manipulada tende a suplantar a autêntica cultura, esta que faz o homem sábio, e que transcende a mera erudição e a mecânica da informática. A manipulação presta-se às mil maravilhas para promover uma cultura unidimensional ou parcial de acordo com as idéias e os interesses dos grupos que manipulam os *media*. Primeiro cria-se a necessidade tirânica da notícia e depois se trata de satisfazer tal necessidade com uma informação retalhada e distorcida e feita em pedaços". A passividade da crítica diante da uniformização e superficialidade das notícias é a principal consequência do poder de manipulação dos meios de comunicação, e, talvez, a mais perversa.
10. CASTRO, Lola Aniyar de. Op. cit., p. 201.
11. BUDÓ, Marília de Nardin. Op. cit., p. 104-105; CASTRO. Op. cit., p. 215.

Em verdade, produzem um gritante paradoxo em relação às suas funções declaradas: excluem, dominam, submetem, maltratam, estigmatizam, matam.[12]

Nada obstante, a legitimação do sistema punitivo pelo discurso midiático é aceita sem questionamentos pela massa. Aquele que deveria fiscalizar os excessos do poder – e os das agências penais estão escancarados, à mostra, sem constrangimentos (maus-tratos e tortura policial, seletividade da *clientela* do castigo, superpopulação carcerária e condições degradantes das prisões, inquisitoriedade da persecução penal etc.) – acaba por se tornar um aliado da repressão penal, seu incentivador, ao fazer crer à massa que garantias fundamentais e direitos constitucionais são um pequeno obstáculo removível, um breve entretempo a ser logo superado em prol do punitivismo. Vale aqui, uma vez mais, recorrer à análise de Castro[13] sobre a questão:

> Ainda se fosse verdade (e embora não se saiba) que os meios não produzem o delito, sabemos que estão associados ao poder, que produzem um sistema cultural e um sistema moral e que isso tem efeitos claros na gestão da vida coletiva. Sabemos que orientam, limitam, uniformizam. Que são "de sentido único" porque impedem a resposta. São, portanto, e isso talvez seja o mais importante, um eficaz instrumento de manipulação, de engano, de restrição à apresentação de realidades múltiplas e de opções possíveis. Reduzem a liberdade e a criatividade, da mesma forma que a participação, e portanto a representatividade

12. Todas essas consequências da dinâmica punitiva já foram identificadas pela crítica criminológica em rica literatura, da qual merecem referência: ELBERT, Carlos A.; BALCARCE, Fabián I. *Exclusión y castigo en la sociedad global*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2009; BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999; Idem. *Criminología y sistema penal*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2006; COHEN, Stanley. *Visions of social control*: crime, punishment and classification. Cambridge: Polity, 2007; GARLAND, David. *Punishment and modern society*: a study in social theory. Oxford: Clarendon Press, 2012; Idem. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008; MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006; RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004; SOZZO, Máximo. *Viagens culturais e a questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2014;YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

13. CASTRO, Lola Aniyar de. Op. cit., p. 236.

social e política, o pluralismo e a democracia. Ao menos da maneira pela qual são utilizados hoje.

E, dessa maneira, o cão de guarda da democracia não somente fecha os olhos para os abusos do poder punitivo como passa a maquiá-los, de sorte que a fórmula da justificação dos meios pelos fins perseguidos seja socialmente aceita no campo repressivo.

Na Operação Lava Jato, essa perspectiva alcançou a delinquência dos poderosos, os crimes de colarinho branco, mas com uma dimensão nunca antes vista no país, em virtude das peculiaridades que envolvem os personagens desse episódio alcançado pelos holofotes midiáticos.

## 3. A MIDIATIZAÇÃO DA OPERAÇÃO LAVA JATO

A vocação midiática da Operação Lava Jato decorre de vários fatores. O primeiro dado, a ser levado em conta, é o perfil social dos investigados: ricos empresários e parlamentares (deputados federais e senadores) no pleno exercício do mandato. Isso permite aos meios de comunicação criar no imaginário coletivo a ilusão de uma distribuição igualitária de justiça penal, ao difundir imagens de investigados e réus presos, em regra (desnecessariamente) algemados, sendo transportados em veículos da Polícia Federal, ou até mesmo em gravações de depoimentos que constituirão objeto de acordos de colaboração premiada. Cria-se um cenário visual muito apropriado ao espetáculo,[14] que reforça o discurso da *moralização da política* ou da *purificação da moral política* pela via punitiva. Desse modo, haveria uma espécie de nivelamento da balança que mede a seletividade do sistema punitivo, e que se aproximaria do ponto de equilíbrio não pela redução da clientela tradicional das agências penais (jovens, pobres, negros ou mestiços, residentes em bairros periféricos e áreas vermelhas das grandes cidades), mas pela ampliação do alcance destas para também submeter aos processos de criminalização os ricos e poderosos.

O volume de meios e recursos empregados pela Operação Lava Jato nas investigações policiais e, em especial, no cumprimento de decisões judiciais (ordens de prisão provisória e de busca e apreensão) revela exatamente o inverso aos olhos do bom observador. Os *escolhidos de todo dia* do sistema penal não são

14. Sobre a importância das imagens na construção do espetáculo: DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002; LLOSA, Mario Vargas. *A civilização do espetáculo*: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

transportados em comboios de veículos da polícia. Quem vive a rotina da justiça criminal sabe das dificuldades burocráticas, muitas vezes insuperáveis, para se realizar a transferência de réus presos entre cidades, sobretudo se isso depender de transporte aéreo. Mandados de prisão acumulam-se nas delegacias de polícia, aguardando cumprimento por semanas, meses e até anos. Provas técnicas deixam de ser produzidas porque não há peritos nos serviços de criminalística. Assim, a celeridade e eficácia das diligências da Operação Lava Jato, diversamente do que faz acreditar a cobertura midiática, intensifica a seletividade do sistema penal e desnuda seu caráter discriminatório. Para o controle penal, há *réus* e *Réus* (com R maiúsculo). Se é correto dizer que o poder punitivo sempre tratou determinadas pessoas como inimigos,[15] não será menos acertado afirmar que a Operação Lava Jato elegeu não um *outro* inimigo, mas um inimigo *a mais*, só que momentâneo, temporário, e instrumentalizou-o como um bode expiatório. Nada pode ser mais falacioso do que a elitização da resposta penal.

Os meios de comunicação têm o poder de construir a realidade social.[16] Sua capacidade de produzir consenso sobre os temas agendados os converte em expressivo instrumento de controle social,[17] pois, ao reforçarem a vigência das normas sociais, os *mass media* expõem ao público os desviantes e estimulam a sua reprovação. O agendamento midiático de fatos implica, destarte, tanto a escolha *do que* será apresentado como importante para as pessoas, quanto a definição de *como* a informação deve ser compreendida.

Outro elemento significativo na análise da repercussão da Operação Lava Jato nos meios de comunicação é a interação hoje existente entre estes e as chamadas redes sociais. Esses ambientes virtuais conectam pela internet um número ilimitado de pessoas que, na melhor consagração da sociedade de massa, comunicam-se sem obstáculos de distância e horários, mas sem precisar efetivamente se conhecer. Trata-se de um meio em que vigora a velocidade, fluidez e superficialidade das relações e que proporciona uma imensurável reverberação de opiniões, versões e informação. Um verdadeiro catalisador de notícias que potencializa a aptidão dos *mass media* para construir a realidade social. Pode-se dizer, à margem de exageros, que a cobertura midiática da Operação Lava Jato representa o marco de uma nova etapa comunicacional caracterizada pela dinâmica tecnológica que cada vez mais define o mundo e a

15. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 11.

16. GOMES, Marcus Alan de Melo. Op. cit., p. 62-65;

17. BERGALLI, Roberto; RAMÍREZ, Juan Bustos. Op. cit., p. 76.

vida das pessoas e que pode ser ilustrada pela seguinte equação: mídia *x* redes sociais = construção da realidade social. Ao já conhecido fenômeno do *trial by media* soma-se agora o *trial by social network*.

Em tempos de *vigilantismo*, algumas decisões tomadas pela 13.ª Vara Criminal Federal de Curitiba definiram o roteiro para o *Big Brother* da Justiça, o mais recente *reality show* em que a privacidade de investigados, ainda que nada tenham a ver com os fatos apurados, é exposta ao público sem qualquer propósito útil para a persecução penal. Impressiona constatar como em uma investigação policial vastamente lastreada em interceptações telefônicas e colaborações premiadas, ambos meios de prova cuja publicidade é restringida pela lei,[18] permite-se que tantos registros de áudio de conversas telefônicas e gravações audiovisuais de depoimentos de colaboradores, ainda na condição de meros investigados, sejam prematuramente acessados pelos meios de comunicação. Há desses episódios em que se pode mesmo vislumbrar uma preocupante cumplicidade entre a justiça e a mídia, como, por exemplo, por ocasião do levantamento do sigilo de um breve diálogo telefônico envolvendo a presidente da república Dilma Rousseff e seu antecessor na função, Luiz Inácio Lula da Silva, e cujo conteúdo dizia respeito à nomeação deste último para um alto cargo do governo. A par de qualquer reflexão sobre a competência do juiz de primeiro grau para decidir acerca da liberação do sigilo de uma fonte de prova que alcança um agente político com prerrogativa de foro[19] – questão que, por si só, suscitaria uma ampla discussão sobre os limites de direitos fundamentais e garantias processuais penais possivelmente violados neste caso – é no mínimo surpreendente que tal providência tenha sido adotada poucas horas depois da captação do áudio da conversa, e sem qualquer finalidade útil para a investigação policial, ao menos aparentemente. A divulgação do diálogo pelos meios de comunicação foi quase instantânea. Não houve, nessa aproximação – melhor seria dizer *parceria*? – entre a justiça e a mídia, a satisfação de qualquer interesse da persecução penal. Mas teria havido, na visão de alguns,[20] a do interesse público. Uma interpretação que, todavia, ignora

18. Art. 8.º da Lei 9.296/1996 (interceptação telefônica) e art. 7.º, §§ 1.º, 2.º e 3.º da Lei 12.850/2013 (colaboração premiada).

19. Art. 102, I, *b*, da Constituição Federal.

20. Houve mesmo quem afirmasse, exageradamente, que se o juiz não tivesse determinado o levantamento do sigilo das conversas telefônicas, teria incorrendo em prevaricação. Disponível em: [www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2016/04/04/2235843el_pais_operacao_lava_jato_quebra_de_sigilo_debate_juristas_19032016.pdf] e [http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/03/

o sentido e o alcance das regras de tutela da privacidade e intimidade[21] em matéria processual penal: precisamente proteger do conhecimento público aquilo que diz respeito ao âmbito restrito do privado e que não tem valor para a investigação policial ou instrução criminal.

Algo semelhante se passa com a difusão midiática do conteúdo de depoimentos que constituem objeto de acordos de colaboração premiada. Em completo desrespeito à presunção de inocência, pequenos trechos – a fragmentação do que foi dito proporciona eficazmente a seletividade da informação, revelando o que se pretende disseminar, e escondendo o que se deseja ocultar – de declarações são divulgados, com referências a pessoas das quais imediatamente se espera algum ato de defesa, muito embora frequentemente sequer figurem como investigados até o momento da delação. E, se houver imagens do depoimento, o impacto midiático na formação do consenso social torna inaceitável qualquer contra-argumento. A consequência mais nefasta dessa associação é o que Bourdieu chama de "uma verdadeira transferência do poder de julgar"[22], efeito que, no âmbito da Operação Lava Jato, se percebe pela forma como as decisões proferidas pelo juiz da 13.ª Vara Criminal Federal de Curitiba satisfazem as expectativas punitivas alimentadas pela repercussão midiática da investigação. A usurpação da função judicial pela imprensa e a mudança indevida do *locus* do julgamento[23] encontraram eco na própria atividade jurisdicional, em um consórcio harmônico em que um conta com o apoio do outro para justificar suas escolhas e ações.

Por fim, não se pode deixar de sublinhar como a fragmentação da investigação policial em fases contribui para criar o suspense e instigar a curiosidade que mantém as pessoas concentradas em cada novo capítulo deste cinematograficamente elaborado enredo de notícias sobre prisões, delações, condenações, buscas judicialmente autorizadas em domicílios, escritórios, sedes de partidos políticos, que preenchem a pauta dos meios de comunicação com uma rotatividade inebriante. Quem será preso amanhã? O que revelará o delator da vez? Qual será a próxima decisão polêmica do juiz? São as perguntas que anunciam os capítulos vindouros desse bem-sucedido espetáculo midiático.

---

juristas-comentam-divulgacao-de-conversas-telefonicas-de-lula.html]. Acesso em: 24 ago. 2016.

21. Art 5.º, X, da CF.
22. BOURDIEU, Pierre. Op. cit., p. 82.
23. SCHREIBER, Simone. Op. cit., p. 375.

## 4. OS MITOS, HERÓIS E BANDIDOS DA CRIMINALIZAÇÃO MIDIÁTICA

Um dos argumentos mais repetidos pelos *mass media* para justificar as suas escolhas de agenda é o da objetividade do trabalho jornalístico, de seu compromisso com a verdade e com a transparência dos acontecimentos de interesse público. Sustenta-se na concepção de que a notícia deve corresponder à imagem da realidade refletida em um espelho – precisa e restrita quanto aos fatos – e na capacidade do jornalista de atuar como um observador desinteressado que tão somente relata o que acontece, sem emitir juízos de valor.[24]

Essa é uma justificativa que, todavia, só pode ser admitida por inocência ou ingenuidade. Há quem, a exemplo de Blázquez (1999, p. 199), denuncie como muitos profissionais e teóricos da comunicação gostariam de ver banidas as expressões *verdade*, *objetividade* e *veracidade* do meio jornalístico. Segundo o autor, "em determinados ambientes, o simples fato de se exigir objetividade na informação é quase um insulto, quando não uma imposição".

Vê-se, portanto, que a alegada neutralidade da imprensa parte de um signo, uma referência simbólica com imenso poder de convencimento, mas que não é verdadeiramente experimentada e vivida.

A mídia é a grande janela que nos revela a todos o exterior da vida doméstica, aquelas informações que não podemos alcançar em nossas relações interpessoais. Com linguagem, imagens e subjetividade, ela define o que deve ser conhecido na sociedade de massa. Emoldura o mundo e, para tanto, simplifica-o. Chauí (2006, p. 16) fala da capacidade dos meios de comunicação de ler a realidade e apresentar versões – *simulacros* – dela ao público. Refere-se, mais precisamente, à "passagem do espetáculo ao simulacro, a nulificação do real e dos símbolos pelas imagens e pelos sons enviados ao espectador".

O simulacro é reducionista e alegórico. Ao anular a complexidade dos fatos e estabelecer uma única interpretação a seu respeito, estimula a polarização de opiniões e apaga do espaço público as reflexões críticas. Assim surge o palco em que os protagonistas da notícia transformam-se em personagens e mitificam-se.

Castro[25] relaciona o mito à tragédia, cuja elaboração independe de um fato significativo, mas surge, por outro lado, sempre que determinados aspectos da notícia sensibilizam o público. O drama, a magia, o mistério, o suspense, o poético, o tragicômico, a fatalidade imanente às interpretações extremadas

24. BUDÓ, Marília de Nardin. Op. cit., p. 79.

25. CASTRO, Lola Aniyar de. Op. cit., p. 208.

da vida, tudo habita os mitos, que, portanto, "dispensam explicação, despertam a fantasia e a emotividade". O sincretismo da notícia aproxima o real do imaginário a ponto de confundi-los e sintetizá-los em um terceiro elemento, a *realidade total*. É nesta que o mito elimina as análises equilibradas dos fatos e impõe uma necessária dicotomia entre o bem e o mal, o certo e o errado, o justo e o injusto, tomados como valores opostos e refratários, e relativamente aos quais não cabe uma terceira via.

Vale notar, contudo, que o maniqueísmo inerente aos mitos organiza o caos da vida cotidiana, encarrega-se de estabelecer uma ordem na desordem. Tem o poder, como percucientemente destaca Castro,[26] "de reduzir complexidades e de criar um conhecimento, falso ou não".

Na Operação Lava Jato, a *mitificação midiática* dos atores processuais criou personagens que encarnam, por um lado, as mais dignas e admiráveis virtudes humanas, e, por outro, os mais reprováveis desvios morais. O protagonismo conferido ao juiz do caso pelos meios de comunicação exprime a mensagem de aprovação de suas decisões pela grande imprensa comercial – a despeito da superficialidade na análise dos fatos – enriquecida com imagens impactantes do cumprimento das determinações do magistrado, em especial das ordens de prisão e de busca e apreensão executadas em residências de servidores públicos e empresários. O registro visual das ações policiais é obtido a partir de helicópteros que sobrevoam demoradamente o local das diligências, sem qualquer preocupação em preservar a privacidade de ambientes domiciliares. Pessoas detidas e inutilmente algemadas são filmadas em meio a dezenas de agentes federais – talvez na maior, mais humilhante e irracional desproporção de forças já empregadas em escoltas policiais na última quadra política democrática do país – e sua imagem é divulgada em praticamente todos os veículos de comunicação social (imprensa escrita, televisão, internet etc.), a demonstrar a convergência de propósitos e cumplicidade do trabalho das agências penais envolvidas e de seus representantes (policiais, procuradores da república e juiz federal). A espetacularização cinematográfica dessa cobertura midiática se completa com a difusão prematura de conversas telefônicas gravadas no curso da investigação – em inquéritos policiais ainda não concluídos e com violação, portanto, do sigilo da prova[27] – e do conteúdo de depoimentos que constituem objeto de acordos de colaboração premiada.

26. Idem, p. 209.

27. Previsto no art. 8.º e seu parágrafo único, da Lei 9.296/1996.

Toda essa pirotecnia tecnológica dos meios de comunicação, que escraviza a atenção da massa e elimina qualquer pretensão de que o debate público seja pautado por reflexões críticas e isentas sobre a dinâmica do poder punitivo, contribui decisivamente para criar no imaginário coletivo o estereótipo do juiz *justiceiro*, destemido, incensurável, resignado ao sacerdócio da magistratura, que compreende e concretiza os anseios coletivos de combate à impunidade dos poderosos. Um estereótipo que, não por acaso, fez com que o juiz da 13.ª Vara Criminal Federal de Curitiba fosse metaforicamente comparado ao *Super-Homem*:[28] o mito do protetor que a tudo enfrenta para, sem limites de autossacrifício, realizar a justiça.

Não sem razão, portanto, a construção midiática desse episódio posiciona, no outro extremo do espetáculo, aqueles que legitimam a ação do paladino da virtuosidade: os investigados e réus. São eles caricaturados como gananciosos, egoístas, ímprobos, mentirosos, falsos, arrogantes e soberbos. Nenhuma manifestação de caráter com a qual o ser humano tenda a se identificar. O embate do bem contra o mal, da virtude contra o defeito, do digno contra o indigno, se materializou com a representação do ex-presidente da república Luiz Inácio Lula da Silva por um boneco plástico inflável em trajes de presidiário, cuja imagem foi divulgada em praticamente todas as notícias sobre as manifestações públicas relacionadas à investigação.

A mitificação dos personagens processuais está ligada, na Operação Lava Jato, a uma peculiaridade desse episódio midiático. Os fatos aqui são tratados em um duplo viés *político* e *criminal*, que mistura os discursos de moralização do poder político, de limpeza ética das instituições e da justiça como última esperança da democracia. Mas há uma densa cortina de fumaça que esconde

28. A equiparação do juiz Sérgio Moro a esse personagem da literatura infantojuvenil se tornou frequente nas manifestações públicas envolvendo a Operação Lava Jato. Bonecos infláveis do super-herói fictício com o rosto do magistrado, cartazes, adesivos, espalharam-se pelas ruas das grandes cidades do país, numa simbologia que, de certo modo, reproduziu fenômeno semelhante ocorrido à altura do julgamento do chamado caso *Mensalão* pelo STF, quando a imagem do Ministro Joaquim Barbosa, deixando a sala de sessões do tribunal em uma toga desajeitadamente despejada sobre suas costas, logo invocou a alegórica comparação a um *Batman* determinado a confrontar-se com todos – inclusive os próprios colegas de corte – para condenar exemplarmente os poderosos acusados. Essa mensagem de contornos alegóricos, exaustivamente repetida pela mídia, reforça a mitificação dos atores processuais e aprofunda no imaginário coletivo a perspectiva binária do sistema punitivo: se há heróis, é porque existem bandidos por combater.

o real propósito do sistema punitivo nesse caso: a criminalização da política legitimada pelos meios de comunicação de massa.

É interessante observar como, para tanto, a mídia – em especial a imprensa – incorre em um agendamento que reproduz as estratégias da própria seletividade penal. São eleitos *bodes expiatórios*, inimigos públicos aos quais se atribui a simbologia de tudo o que deve ser moralmente reprovado e juridicamente punido, muito embora existam diversos outros personagens – políticos e empresários também investigados por corrupção – com semelhante potencial de representação simbólica. Ao mesmo tempo, selecionam-se *heróis* da moralidade pública (alguns policiais, alguns membros do Ministério Público e um juiz) que, em um universo de iguais (toda a polícia, todo o Ministério Público e toda a magistratura), são midiaticamente enaltecidos por promoverem a criminalização daqueles bodes expiatórios.

Essa dinâmica dos meios de comunicação reforça uma crença profundamente arraigada no senso comum, a de que o sistema penal funciona como um instrumento da justiça, quando, efetivamente, não passa ele de uma ferramenta para canalização da vingança, da intolerância e do ódio, que pressiona permanentemente os limites impostos pelo direito.[29] A Operação Lava Jato não está elitizando a punição nem promovendo a igualdade jurídica na atuação da justiça criminal (a lei penal vale para todos). Ao contrário, ela aprofunda a natureza seletiva do sistema punitivo, exatamente por fazer acreditar que este finalmente irá alcançar os poderosos. Há uma falsa percepção em torno do tratamento isonômico da clientela da repressão penal, alimentada pela legitimação midiática da investigação policial e das decisões do juiz do caso, que simplesmente abafa qualquer crítica às violações das garantias fundamentais dos investigados e réus. Em um macro universo de poderosos *selecionáveis*, alguns poucos são *selecionados* e passam a constituir um micro universo de bodes expiatórios cuja punição deve ser rigorosa e exemplar, de sorte a se reafirmarem os mitos e os vários excessos na aplicação da lei penal serem tomados como detalhes superáveis, simples danos colaterais da luta contra a corrupção.

A mitificação midiática dos personagens processuais da Operação Lava Jato reforça as falácias e contradições do sistema penal. Faz crer em algo que não virá. E semeia o terreno para a rápida proliferação de uma cultura populista punitiva.

29. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos*, cit., p. 417.

## 5. AS *10 MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO* DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E O POPULISMO PENAL

O conceito de populismo penal vem sendo reexaminado há cerca de duas décadas, quando alcançou maior aplicabilidade a tendências político-criminais verificadas em diversos países ocidentais, inclusive e em especial na América Latina. Inicialmente compreendido como a adoção de medidas penais, mais com o propósito de conquistar votos em campanhas eleitorais do que com a finalidade de prevenir delitos ou promover justiça, o populismo penal é hoje algo maior do que isso. Ele resulta das profundas mudanças sociais e culturais – alavancadas pela falência do *Welfare State* – que se iniciaram na década de 1970 e se alimenta fundamentalmente do desencantamento e da desilusão com o sistema de justiça criminal.[30] É expressão de sentimentos que se manifestam não apenas em contatos intersubjetivos cotidianos – o *everyday talk* – como também, e sobretudo, na repulsa incentivada pelos meios de comunicação que dão voz a uma parcela de seu público e divulgam opiniões epidérmicas dos *especialistas do povo* a respeito de questões complexas e multifatoriais como as que envolvem os processos de criminalização. Assim colocadas as interações entre *vontade popular, mídia* e *medidas penais*, fica fácil entender porque o populismo penal tanto se vale da *sloganização* que difunde termos como *lei e ordem*, *tolerância zero*, *janelas quebradas* etc. Independentemente de seu efeito estratégico, essas legendas punitivistas exprimem a idealização do senso comum popular sobre a organização do sistema penal.[31] No imaginário coletivo midiaticamente construído, não há espaço para técnicos, teóricos ou *experts*. Eles são apenas burocratas de vocabulário emplumado, cujas ideias sobre um modelo reducionista e racionalizado de controle social não passam de abstrações irrealizáveis em um mundo em que a resposta penal e a prisão são apresentadas pelos meios de comunicação de massa como a única alternativa verdadeiramente eficiente na promoção da segurança pública e no combate ao crime. O pragmatismo da repressão penal e seus estigmas prevalecem, aqui, intocados.

Segundo Gomes e Almeida,[32] populismo penal é sinônimo de hiperpunitivismo e constitui um método que explora

30. PRATT, John. *Penal populism*. Londres: Routledge, 2007. p. 3, 12.

31. Idem, p. 22.

32. GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. *Populismo penal midiático:* caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 27-29.

> as emoções e as demandas geradas pelo delito e pelo medo do delito, para conquistar o consenso ou apoio da população em torno da imposição de mais rigor penal (mais repressão e mais violência), como 'solução' para o problema da criminalidade.

Pauta-se, portanto, pela manipulação da vontade da massa.

Em julho de 2015, quando as notícias sobre a Operação Lava Jato já ocupavam quase totalmente a agenda midiática do país, o Ministério Público Federal iniciou uma *campanha* com o objetivo principal de conseguir apoio popular para a propositura de um projeto de lei versando sobre as *10 Medidas contra a Corrupção*.[33] A maioria dessas medidas implicava essencialmente modificações na legislação penal ou processual penal e foram assim definidas e divulgadas pelo próprio MPF: criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos; aumento das penas e crime hediondo para corrupção de altos valores; aumento da eficiência e da justiça dos recursos no processo penal; reforma no sistema de prescrição penal; ajuste nas nulidades penais; responsabilização dos partidos políticos e criminalização do caixa 2; prisão preventiva para assegurar a devolução do dinheiro desviado; e recuperação do lucro derivado do crime.[34]

Em cerca de oito meses foram obtidas mais de dois milhões de assinaturas e as *10 Medidas contra a Corrupção* do Ministério Público Federal assumiram a forma do PL 4.850/2016, formalmente apresentado pelos Deputados Federais Antonio Carlos Mendes Thame, Fernando Francischini, Diego Garcia e João Campos, com o objetivo de estabelecer medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combater o enriquecimento ilícito de agentes públicos. Trata-se de um texto de 92 páginas em que se propõem dezenas de modificações ao Código Penal, Código de Processo Penal e legislação esparsa. Todas implicam algum recrudescimento, em maior ou menor escala, da criminalização primária.

A rapidez com que as assinaturas foram reunidas se explica pela intensa divulgação da campanha nos *mass media* e nos ambientes virtuais criados es-

33. Na ocasião, foi inaugurado um sítio oficial na rede mundial de computadores (Disponível em: [www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas]. Acesso em: 24 ago. 2016) com informações detalhadas sobre a campanha e que permitia a qualquer pessoa, ademais, aderir à iniciativa, mediante preenchimento de uma ficha a ser encaminhada ao Ministério Público Federal, que seria contabilizada como assinatura para um Projeto de Lei de iniciativa popular.

34. Disponível em: [www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/sumario_executivo.pdf]. Acesso em 24 ago. 2016.

pecialmente para esse fim.[35] A campanha não foi eleitoral, mas demonstrou eficácia na conquista de *votos*, ao que se sabe sem precisar de financiamento público ou privado.

Não se pode deixar de perceber, contudo, que o suporte midiático conferido ao projeto do Ministério Público Federal e a própria natureza eminentemente repressiva das medidas que vieram a servir de conteúdo para o PL 4.850/2016, de inegável apelo popular – ou *populista* –, revelam uma nova expressão de populismo penal, que distorce a vontade do povo como importante ferramenta democrática no âmbito do processo legislativo para, de forma oportunista, aproveitando-se de um momento político delicado e de profunda inquietação social, reduzi-la à contabilização de certa quantidade de assinaturas para legitimar o que, de fato, estava por trás da campanha: a iniciativa legislativa do Ministério Público Federal. Esse é um aspecto do problema aqui apontado que merece uma breve reflexão.

O Ministério Público não dispõe de legitimidade para a propositura de projetos de lei em matéria penal e processual penal.[36] Seus membros não são eleitos, e não se expressam, portanto, em nome da maioria do povo. Ao contrário, em muitas situações o exercício dos encargos ministeriais leva – ou deveria levar – à defesa de posições contra majoritárias. Trata-se de um órgão que integra a estrutura de agências do sistema penal, encarregado de promover a acusação nos crimes de ação penal pública, e de fiscalizá-la nos crimes de ação penal privada. Sua perspectiva da repressão penal está, por conseguinte, condicionada por uma atuação parcial e comprometida com fins punitivos. A tendência é que seus membros – salvo esporádicas exceções – identifiquem-se com o discurso da coerção penal.

É bem verdade que essa circunstância não constitui óbice intransponível à adoção de postura que prestigie a redução das irracionalidades do sistema punitivo. Mas não é disso que se está a tratar. O que se pretende ressaltar é, com efeito, a índole inquestionavelmente repressiva das medidas de combate à corrupção propostas pelo Ministério Público Federal, sem qualquer levantamento ou estudo criminológicos prévios que autorizassem a defesa institucional de

35. Além do sítio eletrônico na internet, foi aberta página na rede social Facebook, também possibilitando o encaminhamento de assinaturas para legitimação do projeto de lei de iniciativa popular.

36. A iniciativa legislativa do Ministério Público é admitida em raras hipóteses, como, por exemplo, para a definição de sua Lei Orgânica, que tem *status* de lei complementar (art. 2.° da Lei 8.625/1993).

alterações legislativas como instrumento idôneo para arrefecer a corrupção no país. Afinal de contas, com base em que enfoque científico o Ministério Público Federal decidiu atuar como um especialista em política criminal? Ademais disso, qual a legitimidade constitucional do órgão para *incentivar* a vontade popular neste ou naquele sentido para fins político-criminais?

Até onde se sabe, as medidas contra a corrupção não passam de um *catálogo* definido pelos procuradores da República encarregados da Operação Lava Jato, ao que parece organizado em algum gabinete da sede do Ministério Público Federal em Curitiba ou Brasília, ao sabor das marés midiáticas. Se esse cardápio de proposições tem fundamento em algum estudo científico ou pesquisa empírica, isso não foi apropriadamente divulgado nem discutido com a sociedade. E o debate público que deve preceder – para poder legitimar – qualquer providência criminalizadora? Será que uma simples *campanha* que conta com a simpatia dos meios de comunicação de massa é capaz de agregar todo o pluralismo de visões e perspectivas teóricas, científicas e acadêmicas sobre o melhor caminho a ser percorrido em termos político-criminais para o controle penal da corrupção? Sem dúvida, não.

Nada disso foi respeitado nem será assegurado pelo processo legislativo. O PL 4.850/2016 tramita, desde o início, em regime de urgência, convenientemente instituído para agradar a opinião pública, como seria de se esperar. E sabe-se que a pressa – tão característica do discurso midiático e populista penal – é inimiga da cautela e da perfeição. Especialmente quando se trata de legislar em matéria penal e processual penal.

O populismo penal conspurca a criminalização ao impregná-la com opiniões e ideias de fácil assimilação, que refletem o senso comum popular, mas são desprovidas de qualquer eficácia preventiva demonstrável. Distorcendo a noção de democracia direta, restringe-a a opinião pública construída pelos meios de comunicação de massa, como se fosse ela o melhor critério a ser adotado para definir escolhas e estratégias político-criminais. Assim, "a dinâmica populista acelera o tempo legislativo, elimina ou restringe os debates elementares e recorre a toda sorte de recursos teóricos (a urgência do problema, o alarme social etc.) para promulgar leis ou reformas de urgência".[37]

*Eficientismo* é a palavra de ordem das respostas penais instituídas por influência ou pressão da mídia para satisfazer – ou conformar – a vontade coletiva. A consagração da eficiência do sistema penal, sobretudo quando o alvo são os bodes expiatórios que dispõem de melhores recursos e meios para fazer valer

37. GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. Op. cit., 140.

a paridade de armas, implica necessariamente a flexibilização de garantias fundamentais. Por isso, "exige-se dos operadores jurídicos uma resposta rápida e eficaz que satisfaça as demandas populares, menosprezando, se for necessário, os obstáculos materiais ou processuais que impeçam tal empreendimento".[38]

A rapidez com que o programa de combate à corrupção do Ministério Público Federal seduziu milhões de pessoas, que sequer tiveram a oportunidade de ouvir e discutir alternativas à lista de medidas punitivas amplamente divulgada pelos *mass media*, é uma evidência induvidosa do traço populista da iniciativa, igualmente revelado pela linguagem coloquial e frases de efeito que ilustram o sítio eletrônico da campanha na internet:[39] *corrupto, você terá motivos para abandonar a corrupção; e se você insistir trará sobre si firme punição; com respeito aos seus direitos fundamentais e aos das vítimas, você acabará na cadeia; e isso não vai mais demorar para acontecer, porque o andamento dos processos ficará mais e mais rápido; saiba que as brechas na lei que permitiam criminosos escaparem serão fechadas etc.* A informalidade da mensagem não serve aqui, ao contrário do que se pode imaginar, apenas para facilitar a comunicação. Ela dá o tom da proximidade permitida por uma instituição usualmente distante da população, mas que precisa dela nesse momento para um propósito específico – legitimar-se para a propositura de um projeto de lei – e tem, portanto, que se mostrar acessível, uma espécie de parceira em prol de uma nobre causa. O poder de convencimento dessa retórica é inegável. Afinal de contas, e como já destacado, no embate entre o bem e o mal, o honesto e o corrupto, o criminoso e a vítima, tendemos à identificação – declarada, ao menos – com o que é virtuoso.

A campanha das *10 Medidas contra a Corrupção* é uma apologia ao punitivismo. Uma iniciativa que busca legitimação na *vontade popular*, a qual, na verdade, instiga e induz, ao reduzir o amplo e multidisciplinar debate sobre a política criminal no âmbito da corrupção a uma espécie de *plebiscito* ou *referendum* populista sobre medidas de jaez puramente repressivo, previamente listadas em um catálogo do que se pretende seja aceito como a melhor alternativa de reação a um determinado espectro de delinquência. Seu principal produto é o PL 4.850/2016. Ambos tiveram – e têm – o beneplácito da mídia. E assim o populismo penal segue conquistando espaço entre nós, agora, lamentavelmente, sob os auspícios de quem deveria debelá-lo.

38. Idem, p. 143.

39. O *esquema* explicativo das medidas idealizadas pelo MPF está disponível em: [www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas]. Acesso em: 24 ago. 2016.

## 6. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Não é de hoje que se denuncia o poder da mídia de relegitimar o sistema penal.[40] Com um discurso de sustentação do punitivismo, os *mass media* conseguem esconder dos olhos da maioria os paradoxos das agências de controle penal. Quanto mais se pune, mais se precisa da punição. Essa é a lógica que orienta o mercado midiático quando o assunto é a criminalização.

No caso da Operação Lava Jato, o reforço do papel repressivo dos atores processuais foi alcançado pela sua mitificação. Os meios de comunicação outra vez difundiram a retórica maniqueísta do bem contra o mal e reduziram a complexidade do problema da corrupção à mera atribuição de vetores morais aos envolvidos na investigação: há honestos e desonestos, e nada mais se precisa debater. Punindo-se os corruptos, estará resolvida a questão.

A porosidade da investigação às investidas da imprensa contribuiu decisivamente para esse resultado. É claro que isso não seria possível sem a aquiescência dos personagens processuais, especialmente dos membros do Ministério Público Federal e do juiz da 13.ª Vara Criminal Federal de Curitiba. Não é sem razão, portanto, que a construção midiática da realidade no imaginário coletivo criou mitos para satisfazer as expectativas punitivas. E o mais emblemático, seguramente, é o do *juiz justiceiro*.

A moralização da política ou a purificação da moral política pela via penal alcançaram seu ápice com a campanha das *10 Medidas contra a Corrupção* promovida pelo Ministério Público Federal. Mediante uma distorção do que se deve entender por projeto de lei de iniciativa popular, os procuradores da República encarregados da Operação Lava Jato inauguraram uma nova expressão do populismo penal, ao incentivar a adesão de mais de dois milhões de pessoas a um projeto de lei (PL 4.850/2016) – que não pode ser considerado de iniciativa popular, pois teve seu conteúdo integral e unilateralmente definido pelo próprio Ministério Público – sem qualquer debate público prévio que legitimasse sua formalização. Um verdadeiro empreendimento populista cujo êxito deve ser atribuído à reverberação midiática da investigação.

As consequências da interação *mídia x sistema penal*, no âmbito da Operação Lava Jato, já são presentes, mas haverá delas também no futuro. Por ora, é inegável o recrudescimento de anseios punitivos dirigidos à criminalização dos

40. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima:* códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 24.

poderosos. Isso se dá, perigosamente, ao embalo de extremismos repressivos que se espelham nas decisões proferidas pelo juiz do caso e na espetacularização de seu cumprimento. Na esfera político-criminal, há preocupação com o porvir: os rumos de um projeto de lei impulsionado pelo populismo penal, que nada mais faz além de replicar a velha e mofada estratégia da expansão punitiva.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima:* códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Discursos sediciosos*: crime, direito e sociedade. ano 7. n. 12. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal.* 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

_____. *Criminología y sistema penal.* Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.

BERGALLI, Roberto; RAMÍREZ, Juan Bustos. *O pensamento criminológico II*: estado e controle. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

BUDÓ, Marília de Nardin. *Mídia e controle social*: da construção da criminalidade dos movimentos sociais à reprodução da violência estrutural. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação.* Rio de Janeiro: Revan, 2005.

COHEN, Stanley. *Visions of social control: crime, punishment and classification.* Cambridge: Polity, 2007.

_____. *Folk devils and moral panics.* Londres: Routledge, 2011.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo.* Rio de Janeiro: Contraponto, 2002.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal.* Barueri: Manole, 2004.

ELBERT, Carlos A.; BALCARCE, Fabián I. *Exclusión y castigo en la sociedad global.* Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2009.

GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

_____. *Punishment and modern society: a study in social theory.* Oxford: Clarendon Press, 2012.

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. *Populismo penal midiático*: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Marcus Alan de Melo. *Mídia e sistema penal*: as distorções da criminalização nos meios de comunicação. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

JEWKES, Yvonne. *Media & crime*. 2. ed. Londres: Sage, 2011.

LAWSON, Tony; HEATON, Tim. *Crime & deviance*. 2. ed. Londres: Palgrave Macmillan, 2010.

LLOSA, Mario Vargas. *A civilização do espetáculo*: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert. *The Oxford handbook of criminology*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006.

PINA, Sara. *Media e leis penais*. Coimbra: Almedina, 2009.

PRATT, John. *Penal populism*. Londres: Routledge, 2007.

RAMONET, Ignacio. *A tirania da comunicação*. Petrópolis: Vozes, 2007.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2008.

SOZZO, Máximo. *Viagens culturais e a questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. *A palavra dos mortos*: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- Criminologia cultural e mídia: um estudo da influência dos meios de comunicação na questão criminal em tempos de crise, de Carlo Velho Masi e Renan da Silva Moreira – *RBCCrim* 108/437-460 (DTR\2014\9541);
- Mídia e teoria da pena: crítica à teoria da prevenção geral positiva para além da dogmática penal, de Marília de Nardin Budó – *RBCCrim* 101/389-425(DTR\2013\2661); e
- Mídia, crime e justiça criminal nos Estados Unidos: a ineficácia dos mecanismos judiciais disponíveis para impedir a perniciosa influência da imprensa sobre os jurados nos casos criminais de grande apelo popular, de Claudio Bidino – *RBCCrim* 110/227-257 (DTR\2014\18443).

85935

# A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato

## *The willful blindness doctrine applied to the trials of "Lava Jato Operation"*

**Renato de Mello Jorge Silveira**

Vice-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado.
rmjs@usp.br

**Resumo:** Os chamados julgamentos dos casos criminais, decorrentes das investigações da "Operação Lava Jato", dividem as opiniões do mundo jurídico. Enquanto alguns se colocam a favor das muitas condenações já ocorridas, outros criticam fundamentalmente as posições dos membros do Ministério Público Federal e do Juiz encarregado do caso. O presente artigo pretende, assim, analisar a utilização, em alguns dos julgamentos já ocorridos, da willful blindness doctrine na realidade brasileira.

**Palavras-chave:** Direito Penal – Lava Jato – Elemento subjetivo – Cegueira deliberada.

**Abstract:** The trials of the criminal cases resulting from investigations of the so-called "Lava Jato Operation" divide the opinion of the legal world. While some people show their agreement with the many convictions that have already taken place, others have strongly criticized the position taken by members of the Public Prosecutors' Office and the judge in charge of the case. The objective of this paper is to analyze the use of the willful blindness doctrine in the Brazilian scenario for trials that have already taken place.

**Keywords:** Criminal Law – "Lava Jato Operation" – Mens rea – Willful blindness.

Sumário: Introdução – 1. A cegueira deliberada no Brasil e seu emprego nos julgamentos relativos à Operação Lava Jato – 2. A inicial colocação do problema subjetivo na realidade brasileira – 2.1. A lavagem de dinheiro e a busca de respostas fora da dogmática tradicional – 2.2. A origem do instituto da cegueira deliberada – realidade de common law – 3. A utilização do instituto da cegueira deliberada na realidade espanhola – 4. As aparentes falhas metodológicas de emprego do instituto da cegueira deliberada na jurisprudência nacional – 5. Conclusões – Bibliografia.

## Introdução

Contam estórias acadêmicas que Bettiol, célebre mestre patavino, em tom jocoso, dizia a alunos seus, ao principiar o estudo da dimensão do elemento

subjetivo em Direito Penal, que devia-se ter em conta que "Dolo" seria muito mais do que uma pequena cidade entre Padova e Veneza. De fato, apesar de restar claro que Dolo – a charmosa quinhentista comuna italiana do Vêneto – nunca se confundiu com o conhecido instituto penal, tampouco, já desde aquela época, e desde uma perspectiva dogmática, podia-se negar a abrangência e a complexidade deste.

A irônica menção se justifica quando da presença, cada vez mais intensa, do emprego da chamada cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato, em certo paralelismo com a figura do dolo eventual. Tido como o maior caso levado aos tribunais envolvendo corrupção, a mencionada Operação mobilizou o mundo jurídico nacional. Várias das leituras jurisprudências então havidas sobre determinados institutos parecem inovadoras, outras, peculiares, e inusitadas tantas. Embora seja certo que exista um anseio e uma expectativa popular por punições, não se pode admitir que existam leituras dogmáticas distantes de um esperado racionalismo. Nesse sentido, sempre é de se esperar um equilíbrio entre a segurança jurídica e a (suposta) efetividade do Direito.

Esse pensamento parece bastante oportuno ao se imaginar que boa parte das decisões condenatórias dos julgamentos derivados da Operação Lava Jato (em especial no que diz respeito a imputações de lavagem de dinheiro), baseiam-se em leituras permissivas da utilização do instituto da cegueira deliberada (*willful blindness*) em sede penal brasileira, como substituto ou complemento da noção de dolo eventual. Novamente, pois, a questão do dolo é posta em pauta. De fato, imaginando que a cegueira deliberada pode, e deve, ir muito mais adiante do que a simplista imagem dada pela tática do avestruz (mencionando a figura do animal que esconde a sua cabeça em um buraco para não ver o que passa ao seu redor), tem-se que ela assume inúmeras variações. Mas seria ela cabível da forma como foi utilizada? O presente ensaio pretende, assim, analisar a questão pertinente à possibilidade e racionalidade ou não, de seu emprego como vem sendo posto nos julgamentos de casos derivados da Operação Lava Jato.

## 1. A CEGUEIRA DELIBERADA NO BRASIL E SEU EMPREGO NOS JULGAMENTOS RELATIVOS À OPERAÇÃO LAVA JATO

Em alguns aspectos, costuma-se dizer que a Operação Lava Jato tem proximidades contextuais com a Operação Mãos Limpas, na Itália dos anos 1990. De fato, a Operação Lava Jato, segundo o Ministério Público Federal brasileiro, consiste na:

> (...) *maior* investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobras, maior estatal do país, esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar do esquema de corrupção que envolve a companhia. No primeiro momento da investigação, desenvolvido a partir de março de 2014, perante a Justiça Federal em Curitiba, foram investigadas e processadas quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, que são operadores do mercado paralelo de câmbio. Depois, o Ministério Público Federal recolheu provas de um imenso esquema criminoso de corrupção envolvendo a Petrobras. Nesse esquema, que dura pelo menos dez anos, grandes empreiteiras, organizadas em cartel, pagavam propina para altos executivos da estatal e outros agentes públicos. O valor da propina variava de 1% a 5% do montante total de contratos bilionários superfaturados.

O que foi alegadamente distribuído para uma enormidade de pessoas e agentes públicos.[1]

Mesmo havendo supostamente uma enormidade de elementos probatórios, em diversas sentenças pretendeu-se justificar a condenação de alegadas condutas de lavagem de dinheiro na modalidade de dolo eventual. Aliás, foi-se mais longe, e procurou-se, sim, tecer um paralelo do dolo eventual com o é denominado cegueira deliberada, um dos institutos que explicaria o elemento subjetivo em sede de *common law*.[2]

As noções de cegueira deliberada são encontradas, no Brasil, ainda que episodicamente, desde o conhecido caso do assalto do Banco Central do Brasil, ocorrido em Fortaleza, Ceará. Ocorre que naquela oportunidade, houve reforma da decisão condenatória de primeiro grau pelo Tribunal Regional Federal da 1.ª Região.[3] Um segundo momento de incidência se verificou no julgamento

1. Disponível em [http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso]. Acesso em: 18.1.2016. Cf., em visão crítica, LEITE, Paulo Moreira. *A outra história da Lava Jato*. São Paulo: Geração, 2015, *passim*.
2. Para os fins do presente ensaio, a partir deste momento, e considerando a variação que o instituto da *willful blindness* recebe hoje na *civil law*, serão mencionados, indistintamente, como seus sinônimos tanto os termos "cegueira deliberada", como "ignorância deliberada".
3. Assim, é de se ver que sua primeira menção se dá quando do "assalto ao Banco Central em Fortaleza (Autos 2005.81.00.014586-0, 11.ª Vara Federal da Subseção de Fortaleza, Seção Judiciária do Ceará). Aplicada a teoria para sustentar condena-

da AP 470, o chamado "caso do mensalão", em sede do Supremo Tribunal Federal. Naquela oportunidade, o Tribunal utilizou o instituto, por sua vez, para referendar as condenações de diversos acusados por lavagem de dinheiro.[4]

Também podiam ser percebidas outras decisões condenatórias, principalmente junto ao Tribunal Regional Federal da 4.º Região, com algumas menções em outros Tribunais,[5] em que se encontravam menções episódicas ao uso da cegueira/ignorância deliberada como fator de equivalência ao dolo eventual.[6] Uma questão bastante curiosa, aqui, é o fato de que o juiz titular da 13.ª Vara Criminal Federal de Curitiba, Paraná, responsável pelos julgamentos

---

ção em primeiro grau de alguns réus, a sentença faz interessante menção à teoria da cegueira deliberada (*willfull blindness*), chegando a mencionar que "é importante destacar que 'ignorância deliberada' não se confunde com negligência, havendo aqui a mesma fronteira tênue, ao menos do ponto de vista probatório, entre o dolo eventual e a culpa consciente'." Ocorre que a mesma decisão, em momento posterior, chega a pontuar que a *willful blindness doctrine* tem sido aceita na realidade estadunidense quando houver prova, no caso concreto, que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade de que bens, direitos ou valores pudessem ser provenientes de crime; e de que o agente tivesse agido de modo indiferente a esse conhecimento. A partir daí, de modo pontual, assevera que essa construção assemelha-se da conceituação do que seria o dolo eventual na realidade brasileira. Autorizada estaria, assim, a aplicação do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro. Essa decisão não se manteve, tendo sido afastada pelo Tribunal Regional Federal da 5.ª Região (ACR 5520-CE, Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias, publicada no *DJU* de 22.10.2008)." SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro. *Boletim do IBCCrim* 246/4.

4. Recorde-se que "durante as discussões da AP 470, perante o Supremo Tribunal Federal, o tema voltou a ser presente. Conforme divulgado pelo próprio Pretório Excelso, após a menção da teoria da cegueira deliberada pelo Ministro relator, na sessão plenária de 17 de outubro de 2012 o Min. Celso de Mello teria mencionado admitir "a possibilidade de configuração do crime de lavagem de valores, mediante o dolo eventual, exatamente com apoio no critério denominado por alguns como 'teoria da cegueira deliberada', que deve ser usado com muita cautela". O julgador explicou que, conforme essa teoria, o agente finge não perceber determinada situação de ilicitude para alcançar a vantagem pretendida. Parece claro que em ambas as situações, bem como em colocações de comentaristas sobre o tema, incorre-se em pretensa equiparação da cegueira deliberada com o dolo eventual." SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Cegueira... Op. cit., p. 4.
5. Cf., entre outros, AC 0010017-62.2012.4.03.6109/SP, TRF3; AC 0006251-86.2006.4.03.81/SP, TRF3.
6. Cf. AC 5009366-18.2013.4.04.7002/PR, TRF4; AC 5003776-79.2012.4.04.7007/PR, TRF4; AC 5001945-68.2013.404.7004/PR; TRF4; AC 5010419-05.2011.4.04.7002/

derivados da Operação Lava Jato, chegou a oficiar, como assessor, no Pretório Excelso quando do julgamento do Mensalão, e também, como substituto, no Tribunal Federal da 4.º Região, quando da prolatação de muitos dos julgamentos que aceitaram o uso da cegueira/ignorância deliberada, sendo sua decisão no julgado AC 5009722-81.2011.4047.7002/PR, dirigente em muitos dos casos que se seguiram.

De todo modo, e mesmo que não se possa dizer de uma real tendência na jurisprudência nacional, é de se ver que, em especial junto à 13.ª Vara Criminal Federal do Paraná, durante o julgamento dos casos derivados da Operação Lava Jato, percebe-se, com ampla repercussão nacional, a utilização do paralelismo da cegueira/ignorância deliberada em sede nacional. E é esse o ponto aqui de debate, vale dizer, da correção de tal utilização. Assim, entre tantas, verificam-se as colocações na Sentença da AP 5026212-82.2014.4.04.7000/PR, as quais são repetidas, a seu modo em diversas outras decisões relativas à mesma Operação. Diz a Sentença, em análise pontual à permissividade da utilização do instituto do dolo eventual em relação à lavagem de dinheiro, que

> 346. São pertinentes as construções do Direito anglo-saxão para o crime de lavagem de dinheiro em torno da 'cegueira deliberada' ou '*willful blindness*' e que é equiparável ao dolo eventual da tradição do Direito Continental europeu. Escrevi sobre o tema em obra dogmática (MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010). 347. Em síntese, aquele que realiza condutas típicas à lavagem, ocultação ou dissimulação, não elide o agir doloso e a sua responsabilidade criminal se escolhe permanecer ignorante quando a natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos na transação, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento sobre os fatos. 348. A doutrina da cegueira deliberada, apesar de constituir construção da *common law*, foi assimilada pelo Supremo Tribunal Espanhol (STE), ou seja, corte de tradição da *civil law*, em casos de receptação, tráfico de drogas e lavagem, dentre outros. Por todos, transcrevo parcialmente trecho da decisão do STE na STS 33/2005, na qual a ignorância deliberada foi assimilada ao dolo eventual (os julgados do STE podem ser acessados através do site [www.poderjudicial.es/jurisprudencia/?nocahe=503]): '*La prueba de concocimiento del delito de referencia es un dato subjetivo, lo que le convierte en un*

PR, TRF4; AC 5002443-10.2012.4.04/PR, TRF4; AC 5002361-47.2010.4.04.7002/PR, TRF4; AC 5014585-46.2012.4.04.7002/PR; TRF4; AC 5009665-29.2012.4.04/PR.

*hecho que dada su estructura interna solo podría verificarse – salvo improbable confesión – por prueba indirecta, y este sentido la constante jurisprudencia de esta Sala ha estimado que a tal conocimiento se puede llegar siempre que se acredite una conexión o proximidad entre el autor y lo que podría calificarse 'el mundo de la droga'. Esta doctrina se origina en la STS 755/1997 de 23 de Mayo, y se reitera en las de 356/98 de 15 de Abril, 1637/1999 de 10 de Enero de 2000, 1842/1999 de 28 de diciembre, 774/2001 de Mayo, 18 de Diciembre de 2001, 1293/2001 de 28 de Julio, 157/2003 de 5 de Febrero, 198/2003 de 10 de Febrero, 1070/2003 de 22 de Julio, 1504/2003 de 25 de Febrero y 1595/2003 de 29 de Noviembre, entre otras, precisándose en la jurisprudencia citada, que no se exige un dolo directo, bastando el eventual o incluso como se hace referencia en la sentencia de instancia, es suficiente situarse en la posición de ignorancia deliberada. Es decir quien pudiendo y debiendo conocer, la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero no obstante presta colaboración, se hace acreedor a las consecuencias penales que se deriven de su antijurídico actuar. Es el principio de ignorancia deliberada al que se ha referido la jurisprudencia de esta Sala, entre otras en SSTS 1637/99 de 10 de Enero de 2000, 946/2002 de 16 de Mayo, 236/2003 o 785/2003 de 29 de Mayo.'* 349.A jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região, por sua vez, já empregou o conceito para crimes de contrabando e descaminho: *'age dolosamente não só o agente que quer o resultado delitivo, mas também quem assume o risco de produzi-lo (art. 18, I, do Código Penal). Motorista de veículo que transporta drogas, arma e munição não exclui a sua responsabilidade criminal escolhendo permanecer ignorante quanto ao objeto da carga, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento. Repetindo precedente do Supremo Tribunal Federal Espanhol (STS 33/2005), 'quem, podendo e devendo conhecer, a natureza do ato ou da colaboração que lhe é solicitada, se mantém em situação de não querer saber, mas não obstante, presta a sua colaboração, se faz devedor das consequências penais que derivam de sua colaboração antijurídica.' Doutrina da cegueira deliberada equiparável ao dolo eventual é aplicável a crimes de transporte de substâncias ou de produtos ilícitos e de lavagem de dinheiro.' (ACR 5004606-31.2010.404.7002 – Rel. Des. Federal João Pedro Gebran Neto – 8.ª T. do TRF4 – um. – j. 16.07.2014).* 350. Portanto, mesmo que não fosse reconhecido o dolo direto em relação a parte dos acusados, seria forçoso o reconhecimento do dolo eventual.

De similar modo, verificam-se menções próximas em outros casos também oriundos da Operação Lava jato, como é o caso de se ver, entre outros, da AP 5047229-77.2014.4.04.7000/PR e da AP 5007326-98.2015.4.04.7000/PR. A dúvida aqui posta, todavia, diz respeito a duas frentes. A primeira versa sobre a possibilidade, ou não, de aceitação do dolo eventual em sede de lavagem de dinheiro. A segunda, sobre a possibilidade de aceitação do emprego da cegueira/ignorância deliberada, instituto nitidamente de origem do sistema da *common law*, em uma realidade como a brasileira, pura e simplesmente pela existência de precedentes na realidade espanhola de origem na família da *civil law*.

## 2. A INICIAL COLOCAÇÃO DO PROBLEMA SUBJETIVO NA REALIDADE BRASILEIRA

A questão de fundo mencionada em relação à cegueira deliberada, na verdade, diz respeito à própria análise do tipo subjetivo. Com ela, da forma como se verifica em sua utilização no caso posto, tem-se um suplemento às noções de dolo. Nesse sentido, é de se ter em conta, inicialmente, que a introdução, no Brasil, da definição de dolo – diferentemente do que ocorre em tantos países[7] – deu-se pelo Código de 1940. A redação posta pelo então art. 15 (ao depois repetida pelo art. 18, na Reforma de 1984), era sintética ao definir que "diz-se crime doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo," e "culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia".

Aqui, de pronto, dois problemas preliminares. Por primeiro, que se diga que está a se mencionar um entendimento (de 1940), segundo o qual dolo e culpa ainda era visto dentro do aspecto da culpabilidade. Em segundo lugar, que tinha-se uma percepção focada, então, na representação e vontade, ou seja, em termos volitivos.[8] Tais menções são necessárias, pois mesmo sem desmere-

7. Cf. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1999, p. 27 e ss.

8. Recorde-se que Hungria ponderava que "vê-se que o nosso legislador de 40, ao fixar a noção de dolo, não se ateve à chamada *teoria da representação* (para a existência do dolo, basta a representação subjetiva ou previsão do resultado como certo ou provável), que, aliás, na sua pureza, está inteiramente desacreditada; e, com todo acerto, preferiu a *teoria da vontade* (dolo é a vontade dirigida ao resultado), completada pela *teoria do consentimento* (é também dolo a vontade que, embora não dirigida diretamente ao resultado previsto como provável, *consente* no advento deste ou, o que vem a ser o mesmo, assume o ressico de produzi-lo). Dolo é, ao mesmo tempo, *representação* e *vontade*." HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, vol. I, t. 2.°, p. 111.

cer uma leitura mais atual, como a de um dolo normativo, seria de se ver que a grande dúvida em sede de elemento subjetivo acaba por se firmar na zona fronteiriça do dolo eventual.[9] Quando, enfim, poder-se-ia afirmar por um fato com dolo eventual e quando seria mera situação de culpa?

### *2.1. A lavagem de dinheiro e a busca de respostas fora da dogmática tradicional*

A sentença dos casos derivados da Operação Lava Jato acabou por deitar sombra em situações de lavagem de dinheiro, afirmando possível sua ocorrência através de dolo eventual. Esse é um assunto bastante discutido na doutrina, quer nacional, quer internacional. Muitos autores, como Pitombo, simplesmente exigem a necessidade de dolo direto no crime de lavagem de dinheiro.[10] Nesse diapasão, ter-se-ia, segundo uma percepção clássica, que haver manifesta a vontade do agente em proceder a lavagem de dinheiro. Entretanto, a jurisprudência parece seguir outro caminho.

Assim, autores como Moro,[11] pretendem uma leitura mais simplista, e aceitam a incidência do dolo eventual. Isso tomou, aliás, uma proporção bastante significativa, principalmente após inúmeras iniciais decisões afirmando pela aceitação, para além do dolo eventual, da própria cegueira deliberada

9. Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. t. I. Fundamentos, La estructura de la teoría del delito.* Traducción por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 423 e ss.

10. PITOMBO, Antonio Sérgio de Moraes. *Lavagem de dinheiro. A tipicidade do crime antecedente.* São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 136 e ss. Cf., também, BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações correlatas.* São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 61 e ss. CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro. Aspectos penais da Lei 9.613/1998.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 152. MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes do crime). Anotações às disposições criminais da Lei 9.613/1998.* São Paulo: Malheiros, 1999, p. 86. BONFIM, Marcia Monassi Mogenot; BONFIM, Edilson Mougenot. *Lavagem de dinheiro.* São Paulo: Malheiros, 2008, p. 54. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Dos tipos penais. *In*: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro. Aspectos penais e processuais. Comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012.* São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 96 e ss.

11. MORO, Sérgio Fernando. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. *In*: BALTHAZAR JÚNIOR, José Paulo; MORO, Sérgio Fernando (org.). *Lavagem de dinheiro. Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 96 e ss. MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 61 e ss.

em termos de lavagem de dinheiro. A questão posta, portanto, diz respeito ao fato de serem, dolo eventual e cegueira deliberada, sinônimos, como parece pretender a jurisprudência nos casos coletados. Muito embora, em termos amplos, encontrem-se decisões a aceitar e referendar essa segunda tese, com o emprego do dolo eventual nessa quadra, tal leitura parece equivocada, principalmente hoje, sob a égide das alterações advindas da Lei 12.683/2012. Mais do que isso, com o aparente reforço da cegueira deliberada, ter-se-ia, sim, um reforço dessa tese.

### 2.2. *A origem do instituto da cegueira deliberada – realidade de* common law

A questão relativa à tentativa de verificação de um dolo eventual em crimes de lavagem de dinheiro, muitas vezes se mostra de extrema dificuldade prática, quanto mais se a noção básica se dá em termos e bases volitivas. Por essa razão, parte da doutrina e, mais especialmente, nos julgamentos derivados da Operação Lava Jato, acaba por se valer do uso emprestado de um instituto próprio da *common law*, conhecido como cegueira deliberada, em sentido complementar, e não sinônimo, como fazem parecer. Sustentariam eles, assim, que a cegueira nada mais seria do que uma modalidade do dolo eventual, afirmação com a qual não se concorda. Entretanto, o mais preocupante é que aparentemente não se sabe exatamente sobre o que está a se falar quando se menciona sobre a cegueira deliberada.[12]

Em termos bastante rasos, seria de se dizer que se recorre a tal noção nos casos daquele que, ao invés de assumir um risco da ocorrência do resultado, prefere não saber do fato. Como alude Robbins, isso poderia se referir ao caso do viajante que aceita uma grande quantidade de dinheiro de um desconhecido para transportar uma valise, mas escolhe não examinar seu conteúdo, pois desconfia que ela possa conter contrabando.[13] De acordo com o Ministério

12. Conforme esclarece SARCH, "When it comes to the law concerning willful ignorance, begin by noting that there are a number of procedural rules that courts tend to apply in connection with giving willful ignorance jury instructions. For example, some circuits have held that willful ignorance are not permitted unless (1) the defendant himself asserts his own ignorance, or, (2) the defendant took some affirmative actions to avoid obtaining knowledge. Some circuits require both. Some courts also caution that a willful ignorance instruction should not be given if the evidence supports actual knowledge rather than willful ignorance." SARCH, Alexander F. Willful Ignorance, Culpability, and the Criminal Law. *St. John's Law Review*, vol. 88, 2014, p. 1035 e ss.

13. Cf. ROBBINS Ira P. The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Rea. *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 81, 1990, p. 192.

Público Federal, tal entendimento (que poderia ser visto como um fechar os olhos à verdade, ou simplesmente a mencionada figura do avestruz), por vezes, poderia se confundir com o que a dogmática penal continental entende por dolo eventual. Esse, o nó górdio a ser, aqui, pretensamente explicado.

Inicialmente que se observar que alguns dados e informações costumeiramente empregados sobre a teoria da cegueira deliberada são corretos. Outros, nem tanto. Em primeiro lugar, é de se dizer que a *willful blindness doctrine* é presente, de fato, em uma realidade de *common law*, notadamente nos Estados Unidos da América. A princípio, portanto, mostrar-se-ia presente em um outro sistema legal, que não o brasileiro. Inicialmente, contudo, é necessário que se diga que não existe uma única doutrina sobre a cegueira deliberada, mas muitas,[14] vistas de forma variada e atualmente reinterpretadas, aliás, de modo diverso pelos vários Circuitos da Justiça Federal norte-americana.

Pois bem. A origem do conceito, bem posta por Marcus, se dá na Inglaterra, no conhecido caso *Regina vs. Sleep*, em 1861, com uma aplicabilidade bastante limitada.[15] Naquele evento, um ferreiro foi acusado de malversação de bens públicos por ter embarcado, em um navio, com um barril de cobre que continha à marca real do Império Britânico. Apesar de considerar-se que o crime exigia o conhecimento do agente sobre o fato dos bens vistos como do Estado, a decisão ponderou sobre a equiparação da abstenção de se buscar o devido conhecimento como um sendo o próprio e verdadeiro conhecimento, estipulando-se, pela primeira vez, uma noção de cegueira deliberada. Ainda

14. Cf. CHARLOW, Robin. Wilful Ignorance and Criminal Culpability. *Texas Law Review*, vol. 70, n. 6, 1992, p. 1353 e ss.

15. Para Marcus, "willful blindness first appeared as a substitute for actual knowledge in English case law over a century ago. A judge in *Regina v. Sleep* ruled that an accused could not be convicted for possession of 'naval stores' unless the jury found that 'knew that goods were government stores or wilfully shut his eyes to the fact.' English judicial authorities thereafter referred to the state of mind that accompanied one who 'wilfully shut his eyes' as 'connivance' or 'constructive knowledge.' Several cases in the late nineteenth century, involving innkeepers and half-porters denying knowledge of 'gaming' on their premises, also addressed willful blindness. In both *Bosley v. Davies* and *Redgate v. Haynes*, for example, the courts noted that actual knowledge was unnecessary for conviction in the defendant purposely abstained from acquiring this knowledge." MARCUS, Jonathan L. Model Penal Code Section 2.02(7) and Willful Blindness. *The Yale Law Journal*, vol. 102, n. 8, 1993, p. 2233 e ss. CHARLOW, Robin. Op. cit., p. 1361 e ss. Cf., também, os comentários de RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal. *Discusiones XIII. Ignorancia deliberada y derecho penal*, 2015, p. 13 e ss.

que algumas outras decisões insulares tenham seguido aquela premissa, somente tempos depois ela iria se sedimentar.[16]

A partir de 1899, os Estados Unidos da América referendam sua utilização, em especial no caso *Spurr vs. United States*. Naquela realidade, a Suprema Corte estadunidense, espelhando uma situação bancária, pela qual o Presidente do *Commercial National Bank of Nashville* teria vistado cheques de uma pessoa jurídica sem a devida verificação da existência de fundos para tanto, foi-se além daquela noção, para entender-se que o se colocar em ignorância equivaleria ao conhecimento em si. Especificamente, passou-se a entender que o réu poderia ser condenado se tivesse fechado os olhos para algum fato criminalmente relevante, como o questionamento sobre a existência de saldo. É de se notar que essa primeira noção sobre o que seria essa autocolocação em ignorância, ou cegueira, é que vai ser, tempos depois, adotada na *civil law*, sem, contudo, os questionamentos posteriores dados na própria *common law*.

A partir de então, instâncias inferiores daquele país passaram a utilizar essa doutrina, em especial em questões relativas a drogas, nas quais não se notava um dever especial em si mesmo.[17] Nesse momento, portanto, verificava-se um uso bastante limitado da cegueira deliberada, a qual se desenvolve, nos anos 1970, com o aumento de interesse penal em casos relativos a drogas ilícitas. Não se tratava, então, de algo banal ou de uso indistinto, mas de uma construção que caminhou com o tempo.

Cabem, aqui, algumas observações necessárias, feitas, ao seu tempo, também por Ragués I Vallès,[18] mas que, ao que parece, passaram desapercebidas por alguma nacional. Tenha-se, assim, em mente o fato de que, em 1962, os Estados Unidos da América intentaram a criação, por meio do *American Law Institute*, do chamado *Model Penal Code* (MPC), com o evidenciado intuito de padronizar alguns conceitos, absolutamente díspares em uma realidade de ampla criação jurisprudencial. O *Model Penal Code* não se mostra, de fato, como lei,[19] mas, na realidade, estabelece diversas noções dentro do que poderia se ter

16. Cf. CHARLOW, Robin. Op. cit., p. 1361 e ss.

17. MARCUS, Jonathan L. Op. cit., p. 2234. Robbins identifica algum uso pretérito ao caso *Spurr vs. United States*, ressaltando, entretanto, a importância emblemática deste último. Cf. ROBBINS, Ira P. Op. cit., p. 97 e ss.

18. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007, 63 e ss.

19. Cf. CHARLOW, Robin. Op. cit., p. 1367 e ss.

como dimensão subjetiva de avaliação (*mens rea*). Esse, um ponto de obrigatória verificação ao se pretender o acoplamento conceito à realidade brasileira.

Seria, assim, de se ver quatro distintos e crescentes graus de subjetividade: 1) como uma noção de intencionalidade – *purposely;* 2) como o conhecimento certo – *knowingling* – de um resultado delitivo; 3) como irresponsabilidade frente aos efeitos do risco criado – *recklessly*; ou, ainda, 4) como negligência – *negligently.*[20] Tais dados serão, sim, fundamentais para a consideração futura sobre a cegueira deliberada.

Visto isto, resta mencionar que, em 1969, a Suprema Corte americana deu início à embrionária construção do que se entende pela moderna doutrina da cegueira deliberada, inicialmente com o caso *Leary v. United States*. Foi então que se passou a adotar as premissas do *Model Penal Code*. A título informativo, é de se ter que, na secção 2.02(7) do Código, verifica-se a noção do requisito de conhecimento, mas de um conhecimento, que é satisfeito por um conhecimento de alta probabilidade. Essa seria, pois, a noção mais próxima de cegueira deliberada. Assim, quando o conhecimento da existência de um fato particular é elementar de um crime, tal conhecimento se perfaz quando o agente está ciente de uma alta probabilidade de sua existência, a menos que ele efetivamente acredite que essa probabilidade não exista. Apesar de entendimentos diversos, de vários Tribunais diferentes, passou-se a adotar, genericamente, um equiva-

20. Segundo Alexander e Ferzan, "the Model Penal Code revolutionized *mens rea* by reducing mental-state terminology to four concepts: purpose, knowledge, recklessness, and negligence. As defined by Model Penal Code, purpose requires that forbidden result be one's conscious object or that one is aware – or hopes or believes – that a forbidden circumstance (e.g., that the property one is receiving is stoles) exists. Knowledge with respect to results (e.g., death, injury, destruction) requires that one be practically certain that one's conduct will bring about such results. Knowledge with respect to circumstances requires that one be aware that such circumstances exist. Recklessness entails the conscious disregard of a substantial and unjustifiable risk that a forbidden result may occur or that relevant circumstances exist. Negligence requires that one is unreasonably unaware of a substantial and unjustifiable risk that forbidden result may occur or that relevant circumstances exist. This hierarchy presupposes that purpose is more culpable than knowledge, knowledge is more culpable than recklessness, and recklessness is more culpable than negligence." ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler. *Crime and Culpability. A Theory of Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 23 e ss. Cf., CHIESA, Luis E. *Substantive Criminal Law. Cases, Comments and Comparative Materials*. Durham: Carolina Academic Press, 2014, p. 231 e ss. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *La estructura de la teoría del delito en ámbito jurídico del "Common Law"*. Granada: Comares, 2002, p. 78 e ss. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Mejor no saber...Op. cit., p. 15 e ss.

lente à necessidade de conhecimento baseada em uma condicional relativa à alta probabilidade de ocorrência criminosa, o que pode ser visto, claramente, no caso *Turner vs. United States*.[21]

Entretanto, costuma-se afirmar que a construção mais firme e reconhecida da cegueira deliberada é encontrada somente a partir do caso *United States v. Jewell*. Nele, que correu perante o 9.º Circuito Federal,[22] fica evidente a equiparação de um conhecimento esperado com a noção de escolhas que impliquem em alta probabilidade de sua ocorrência. Tratou-se do evento de um acusado – *Jewell* que havia sido condenado, em primeiro grau, por ter cruzado a fronteira do México com os Estados Unidos transportando 110 libras de marijuana em um compartimento secreto de seu carro. Sua alegação foi de que não sabia exatamente o que transportava, apesar de reconhecer saber que deveria ser algo ilegal. Isso modificou o entendimento sobre o que seria visto como cegueira deliberada.[23] A partir daí, tudo passa a se centrar nas noções de probabilidade, consoante a regra do *Model Penal Code*, 2.02(7).[24]

Mais recentemente, outro passo bastante interessante foi dado, em especial com o caso *Global-Tech v. SEB S.A.*, de 2011. Nele, nota-se uma desmedida ampliação do conceito, que, agora, tem absolutamente flexibilizado o entendimento quanto ao que se poderia ter por conhecimento, vale dizer, a base para a possibilidade de imputação na *common law*.[25] Tais considerações acerca da

21. Cf. ROBBINS, Ira P. Op. cit., p. 201 e ss.

22. Cf. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia*...Op. cit., p. 77.

23. Cf. DANIEL, Alex. Willful Blindness: The Hazards of an Evolving Standard of Knowledge, p. 10 e ss. Disponível em: [http://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1347&context=student_scholarship]. Acesso em: 27.07.2015.

24. Cf. KAENEL, Frans J. von. Willful Blindness: A Permissible Substitute for Actual Knowledge Under Money Laundering Control Act? *Washington University Law Review*, vol. 71, 1993, p. 1202 e ss.

25. Cf. WASH, Brian W. The Supreme Court's Willful Blindness Doctrine Opens the Door to More Wrongful Criminal Convictions. *The Heritage Foundation* 3304, 2011, *passim*. Segundo Ragués i Vallès, "así, a mediados de 2011 la vigencia de la doctrina se ha visto confirmada de nuevo por el propio Tribunal Supremo en su sentencia sobre el caso Global-Tech Appliances, Inc. et al. v. Seb S.A., a propósito de un procedimiento civil por infracción del derecho de patente. En esta resolución el Tribunal afirma que 'la doctrina de la ignorancia deliberada está bien asentada en Derecho penal' y entiende que no existe ninguna objeción en emplearla también en asuntos civiles a propósito de normas que exijan para su infracción un determinado conocimiento. Sin embargo, al precisar el alcance de la doctrina entiende la Corte, en la línea de la Sección 2.02.7 del Código Penal Modelo, que esta teoría exige que el acusado haya

linha evolutiva da *willful blindness doctrine* levam a duas sortes de percepção. A primeira é de que, embora presente na realidade da *common law*, a cegueira deliberada mostra-se em uma dimensão multifária, podendo ser tida de modo diferente em diversas jurisdições, ainda que relativamente aplicável a casos de lavagem de dinheiro. A segunda, e mais fundamental, diz respeito ao fato de que a cegueira deliberada não diz respeito a um simples fechar de olhos acerca de um fato possível. Diz, sim, respeito a uma forma de se traçar um equivalente do conhecimento, baseado em uma alta probabilidade da presença deste. E, recorde-se. É o conhecimento, e não um querer, que se mostra como basilar para a possibilidade de imputação em termos da *common law*. Tanto isso parece ser verdade, que, de fato, não se duvida, como destaca Kaenel, da possibilidade de que a alta probabilidade de conhecimento sobre o ilícito possa ser utilizada, até mesmo, para situações de lavagem de dinheiro,[26] apesar das dificuldades inerentes de prova relativa à *mens rea*.[27]

Verifica-se, assim, uma certa vagueza na presença da primeira premissa colocada, na medida em que a conceituação de cegueira deliberada não é tão precisa quanto se pretende fazer crer em um seu simples transplante à realidade brasileira. No entanto, como a segunda premissa, que diz respeito à sua aplicabilidade em face do crime de lavagem de dinheiro (sempre na dimensão da *common law*) é presente, ainda não se pode concluir pela sua legitimidade, ou não. Outras considerações se fazem necessárias.

## 3. A UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA CEGUEIRA DELIBERADA NA REALIDADE ESPANHOLA

É bastante comum, como se nota dos julgamentos derivados da Operação Lava Jato, a menção de julgados da realidade espanhola acerca da cegueira, lá vista como ignorância deliberada, para procurar legitimar seu emprego em

---

obrado siendo consciente de la alta probabilidad de la concurrencia de un determinado hecho, una exigencia que restringe notablemente su ámbito de aplicación y que, por más que el Tribunal sostenga expresamente lo contrario, dificulta su distinción respecto de la recklessness, que concurre cuando el sujeto "desprecia conscientemente un riesgo sustancial e injustificado de que concurra un determinado elemento material o éste acabe resultando de su conducta" (sección 2.02.c del Código Modelo)." RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Mejor no saber*...Op. cit., p. 16.

26. KAENEL, Frans J. von. Op. cit., p. 1191 e ss.

27. HAMDAMI, Assaf. Mens Rea and the Cost of Ignorance. *Virginia Law Review*, vol. 93, 2007, p. 421 e ss.

uma realidade como a brasileira. Esse pensamento guarda, contudo, também um parcial acerto e uma parcial falácia.

Fundamental ter-se presente um dos principais alertas quando se estuda legislação comparada. Não se pode, nunca, simplesmente ter a referência da previsão da norma estrangeira, como se dissesse ela respeito à mesma ordem de coisas que a legislação nacional. Veja-se, dessa forma, que a leitura do tipo penal da lavagem de dinheiro, na Espanha, compreende o entendimento acerca da expressa previsão relativa à incidência do que se poderia ter por dolo direto e de dolo eventual, o que se mostra muito diverso da legislação nacional (na qual resta dúvida sobre a extensão ao dolo eventual). Tem-se, por evidente, que a simples menção da legislação estrangeira não referenda e não é tão simples para justificar o pretendido, pois o seu teor é diverso do que, no Brasil, se encontra. Visto isso, de se passar a uma mais acurada visão dos precedentes judiciais espanhóis apontados.

Diga-se, assim, e por primeiro, que, de fato, existem precedentes judiciais espanhóis a respeito do paralelismo com a cegueira deliberada. Aqui, a parcial verdade. Diz-se parcial verdade, pois, existem, sim, inúmeras menções dessas decisões, e sob a égide de um sistema de *civil law*. Ragués I Vallès menciona, nesse particular, que enquanto se dava boa parte das discussões sobre a *willful blindness doctrine* nos Estados Unidos da América, teve-se uma verdadeira importação de seus predicados, notadamente, na Segunda Sala do Tribunal Supremo na Sentença de 10.12.2000.[28] Posteriormente, verificam-se outras decisões como as STS de 16.10.2000, STS de 22.05.2002, ou STS de 04.07.2002. Tinha-se, então, a ideia da cegueira/ignorância como um indício do chamado dolo eventual, até o ponto em que a cegueira/ignorância deliberada ganha vida própria, mostrando-se um real substituto do próprio dolo eventual, como observa na STS de 19.01.2005. Mais recentemente, ainda se verificam outras decisões, como STS de 15.11.2011, em que isso parece se firmar. Mesmo assim, e com mais de 200 decisões já mencionando sua aplicação, ainda nota-se, também por lá, certa dose de reticências em seu emprego.[29]

28. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. La doctrina de la ignorancia deliberada y su aplicación al derecho penal económico-empresarial. *In*: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MIRÓ LLINARES, Fernando (dir.). *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Madrid: La Ley, 2013, p. 295. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Mejor no saber*...Op. cit., p. 19 e ss.

29. Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito*...Op. cit., p. 701 e ss. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *La doctrina*...Op. cit., p. 300.

Fundamentalmente, que se diga que a jurisprudência espanhola cuida, hoje, da questão de modo a entender a cegueira deliberada como uma forma distinta do dolo direto ou eventual. Seria, assim, um *tertiun genus*,[30] que complementaria uma zona cinzenta do próprio dolo eventual.[31] A problemática, explica Piña Rochefort, dá-se pelo fato das próprias dificuldades sentidas acerca da distinção entre dolo eventual e culpa consciente. Ora, o sistema de *common law* não possui um sistema valorativo equivalente ao dolo eventual continental, logo, impossível seria afirmar-se que a cegueira deliberada se portaria como se dolo eventual fosse. Para o autor, a ideia de noção e previsibilidade é sempre levada em conta na distinção entre intenção e irresponsabilidade, o que faz cair por terra a pretensa equiparação.[32] Levada em conta. Sob tais considerações, poder-

30. Cf. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Mejor no saber*,Op. cit., p. 22 e ss.

31. Cf. MORO, Sergio Fernando. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem., cit., p. 99 e ss. MORO, Sergio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro.*, cit., p. 63 e ss.

32. Para Pinã Rochefort, "la problemática continental generada por la difícil distinción entre culpa consciente y dolo eventual ha llevado a algunos autores a buscar una tercera forma de disposición mental del agente, capaz de englobar con ella ambas actitudes subjetivas. Una de las posibilidades sugeridas ha sido la de extrapolar el *recklessness* anglosajón, como esa tercera opción. Dicha postura debe afrontar una serie de problemas. Hemos visto que el *Criminal Law* no tiene acuñado un concepto correlativo al dolo eventual continental. Entre otras razones, ello se explica por una natural repugnancia a considerar intencional (doloso) un resultado cuya probabilidad es baja. Para el sistema angloamericano el elemento determinante es el grado efectivo de riesgo creado y su previsibilidad, mientras que la actitud del agente frente a ese riesgo sólo es secundariamente relevante. De hecho, al analizar los conceptos de *intent* y *recklessness*, es posible apreciar que los elementos detonantes de su presencia son la certeza o alta probabilidad de su resultado y no la disposición mental del agente frente a ellos. Lo anterior no es una opción menor, pues produce que ante las formulaciones del dolo eventual continental la tradición angloamericana se pregunte: ¿puede la actitud del autor por sí sola alcanzar una 'mayor calificación de culpabilidad?' que la que realmente causan riesgos que ha creado? En otros términos, qué importa cuáles hayan sido los pensamientos del agente si con ellos los riesgos efectivamente creados no varían en lo más mínimo. ¿Puede, v. gr., el ansia de muerte, compensar un bajo riesgo de daños? En otros términos, si el sujeto ha causado un riesgo menor, ¿qué relevancia puede tener que el autor lo haya *tolerado en caso de sobrevenir* o simplemente *se lo haya representado y confiado en su no ocurrencia*? Más aún, si ha causado exactamente el mismo riesgo, ¿por qué hemos de indagar qué era lo que pensaba al generarlo y graduar conforme a ello su responsabilidad? Los principios que informan el *recklessness* anglosajón y la distinción entre dolo eventual y culpa consciente de la tradición continental son lejanos. Por ello la extrapolación del *recklessness* al derecho continental no sólo implicaría una revisión completa y coherente

-se-ia indagar se o sistema de *civil law* espanhol seria absolutamente compatível com o sistema brasileiro? Diga-se, desde já: aparentemente, não.

Essas considerações não são feitas pela jurisprudência nacional, o que se mostra bastante problemático, pois passa-se a impressão de que o acoplamento seria automático. Ignorou-se, *v.g.*, tal ponderação na paradigmática decisão, junto ao Supremo Tribunal Federal, da AP 470, e também assim o fez na mencionada sentença da Ação Penal 502612-82.2014.404.7000. Recorde-se que, nesta última, já destacava-se a assertiva, segundo a qual

> (...) são aqui pertinentes as construções do Direito anglo-saxão para o crime de lavagem de dinheiro em torno da "cegueira deliberada" ou "*willful blindness*" e que é equiparável ao dolo eventual da tradição do Direito Continental europeu (...). Em síntese, aquele que realiza condutas típicas à lavagem, de ocultação ou dissimulação, não elide o agir doloso e a sua responsabilidade criminal se escolhe permanecer ignorante quando a natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos na transação, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento sobre os fatos.

Note-se que, aqui, a colocação limitou-se a uma consideração genérica presente no caso *Spurr vs. United States*, ou seja, com uma explícita restrição à noção de que o agente entende que "é melhor não saber". Parece ignorar-se, no entanto, o evoluir restritivo da cegueira delibera no que tange ao aspecto das considerações sobre a "alta probabilidade" (trazidas pelo *Model Penal Code*) que esse estado de ignorância pode gerar.

Assim, existe uma parcial falácia da inicial afirmação posta, quando se verifica que a jurisprudência espanhola não utiliza a cegueira deliberada indistintamente a todas as situações e que, muito menos, idealmente explica o que se pretende com seu emprego. Afinal, seria de se perguntar sobre o que se está a falar quando se pontua por cegueira deliberada. Note-se, pois, que as considerações referenciais hispânicas devem ser vistas sob esse cuidado. A transcrição

---

de todo el sistema de imputación subjetiva, sino que, como ha hecho notar Roxin, implicaría desconocer la diferencia cualitativa que existe entre la decisión de atentar contra un bien jurídico y la confianza negligente en su conservación. Se difusa parece la frontera entre dolo y culpa cuando las hipótesis suponen la representación del agente, la incorporación de una tercera forma de actitud subjetiva, no sólo importaría borrar definitivamente toda frontera entre ellos, sino que además impondría la necesidad de encontrar un criterio que pudiera explicar coherentemente con base en qué principio se reconoce la existencia de esta actitud intermedia." PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Op. cit., p. 101 e ss.

efetuada anteriormente pela sentença da AP 502612-82.2014.404.7000 é correta em sua essência, mas deve ser repensada por não se atentar, justamente, nessa consideração sobre a "alta probabilidade", ou, ainda, por algumas particularidades daquela realidade jurídica.[33]

Impera, no entanto, outra dúvida. Poderia ser admitida essa forma de abandono de uma consideração do dolo, como um querer volitivo, na dimensão brasileira? Recorde-se, uma vez mais, que, diferentemente da Espanha (ou que muitos dos países europeus afiliados à *civil law*),[34] o Brasil formalizou o seu entendimento sobre dolo no art. 18, I, do Código Penal. Lá, como repetidamente se menciona, tem-se, expressamente, que se considera crime doloso quando a agente quis o resultado (vontade) – dolo direto – ou assumiu o risco de produzi-lo – dolo eventual.

Essa sorte de considerações passa absolutamente ao largo da preocupação de aceitação da cegueira deliberada na Espanha, como exemplo e aval para sua aplicabilidade em sede nacional. Como por lá não existe uma definição mais estreita sobre o que vem a ser do dolo, não houve qualquer dificuldade por parte da jurisprudência daquele país em expandir suas fronteiras. O mesmo, contudo, não pode ser admitido em sede de um Direito Penal, como o brasileiro, no qual a configuração do dolo é limitada a uma vontade (querer o resultado), ou, ainda a assumir o risco da produção do resultado. Embora possa ser verdade que esse "assumir o risco da produção do resultado" comporte até mesmo leituras normativistas, isso deve restar devidamente explicitado, sob pena de se macular a construção jurídica pretendida.

Importante ressaltar, derradeiramente, que a jurisprudência espanhola não pode ser tida como genericamente aplicável a qualquer caso, porque, além dos problemas de adequação do conceito de dolo naquele país e no Brasil, tem-se que, mesmo na Espanha, não se verificam aplicações em casos tidos como mais

33. "(...) 348. A doutrina da cegueira deliberada, apesar de constituir construção da *common law*, foi assimilada pelo Supremo Tribunal Espanhol (STE)..."

34. Nesse sentido, vale o alerta de Ragués I Vallès sobre o tema, mencionando que "el artículo 5 del Código Penal de 1995 afirma que 'no hay pena sin dolo o imprudencia' y el artículo 10 añade que 'son delitos o faltas las acciones o omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley.' Sin embargo, no aporta el texto del Código una definición sobre qué debe entenderse por dolo, como tampoco contiene enumeración alguna de los elementos que deberán concurrir en una acción u omisión humana para que ésta deba ser considerada dolosa." RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal.*, cit., p. 27.

difíceis,[35] pois isso implicaria em uma consideração quase em termos de uma responsabilidade objetiva.[36] Para tanto, deve-se ter em conta as advertências de Blanco Cordero, ao atestar que devem ser vistas situações pontuais, nas quais, quiçá, pudesse se imaginar uma situação de lavagem por imprudência – presente na legislação espanhola, mas excluída da legislação brasileira.[37] Sem se ater a essas particularidades, poder-se-ia imaginar uma simples equiparação das duas legislações. No entanto, ao se ater as diferenças anotadas, não.

## 4. AS APARENTES FALHAS METODOLÓGICAS DE EMPREGO DO INSTITUTO DA CEGUEIRA DELIBERADA NA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

Face todo o exposto, poder-se-ia sustentar, agora, sobre a validade dogmática, ou não, da opção jurisprudência em relação à utilização do instituto da *willful blindness* em sede nacional. A resposta, contudo, e inexoravelmente, parece ser em sentido negativo.

Observe-se, pois, que existem, sim, situações em que pode haver uma eventual justaposição entre os institutos do dolo eventual e da cegueira deliberada. É, aliás, o que se verifica no mencionado caso levado à cabo em algumas outras decisões jurisprudenciais, onde se cuida de casos equiparáveis à posse da maleta com dinheiro, tão mencionada pela jurisprudência e doutrina estadunidenses. Os casso derivados da Operação Lava lato, no entanto, vão além, e mencionam a possibilidade de aplicação ao contorno do crime de lavagem de dinheiro, e, nesse momento, parecem incorrer em equívoco.

Isso fica claro porque simplesmente não se menciona a ideia necessária da aludida alta probabilidade, como requerido no sistema de *common law*. Essa situação não é, contudo, desconhecida pelo Juízo oficiante nos processos de primeiro grau derivados da Operação Lava Jato, senão por ele ressaltada, quando este destaca que as cortes norte-americanas a aceitam quando o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade de que os bens direitos ou valores envolvidos eram provenientes de crime; e que o agente agiu de modo indiferente a esse conhecimento.[38]

35. Cf. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La doctrina*...Op. cit., p. 303 e ss.
36. Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito*...Op. cit., p. 694.
37. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito*...Op. cit., p. 706 e ss.
38. MORO, Sérgio Fernando. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem., cit., p. 99 e ss. MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro.*, cit., p. 66.

Nesse diapasão, a própria doutrina exposta por Moro parece entender que "tais construções, em uma ou outra forma, assemelham-se ao dolo eventual da legislação brasileira. Por isso e considerando a previsão genérica do art. 18, I, do CP, e a falta de disposição legal específica na lei de lavagem contra a admissão do dolo eventual, podem elas ser trazidas para a nossa prática jurídica".[39] Se assim o é, no entanto, em que pese a discordância colocada com o entendimento preliminar acerca do art. 18, I, do Código Penal, dever-se-ia sustentar pela obrigatoriedade da percepção do conhecimento e da alta probabilidade, algo, aqui, não necessariamente claro. Caso assim não se entenda, estar-se-ia a caminhar para além dos limites do dolo eventual, o que não se pode imaginar.[40] Essas colocações não presentes em eventuais decisões anteriores se mostram fundamentais, se é que se pretende o firmamento de uma nova e bem posta construção dogmática e segura linha de precedentes judiciais.

Ainda assim, é de se ver que muitos Tribunais norte-americanos atualmente questionam a própria aplicabilidade da cegueira deliberada. Indagam-se, verdadeiramente, se ela não implicaria em uma violação de exercício de defesa ou do *due process*, sendo de se ver que algumas cortes de justiça chegaram a limitar seu uso para evitar abusos de interpretação.[41] Sob tais abusos, seria de

39. MORO, Sérgio Fernando. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem., cit., p. 100.

40. Cf. GRECO, Luís. Comentario al artículo de Ramon Ragués. *Discusiones XIII. Ignorancia deliberada y derecho penal*, 2014, p. 70 e ss. Cf., também, RONCO, Mauro. La riscoperta della volontà nel dolo. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penal* 57, 2014, p. 1953 e ss. VERO, Giancarlo De. Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto. Considerazioni a margine della sentenza delle Sezioni Unite sul caso ThissenKrupp. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penal* n. 58, 2015, p. 77 e ss. GAROFOLI, Roberto. *Manuale di diritto penale. Parte generale*. Roma: Nel Diritto, 2016, p. 872 e ss.

41. De acordo com Kaenel, "despite its wide acceptance, there is an undercurrent of dissatisfaction with the willful blindness instruction and courts have not hesitated to impose their own restrictions upon its application. Equating willful blindness with actual knowledge is inherently problematic as the two standards are not interchangeable. Judicial substitution of willful blindness for actual knowledge pushes the limits of judicial discretion and may contravene the Due Process Clause of the Constitution. In addition, there is concern about a jury's ability to properly apply the standard. In *United States v. Ramsey*, the Seventh Circuit addressed the inadequacy of its own willful blindness instruction, which it deemed 'somewhat opaque' and unhelpful to jurors. The Court initially noted that, although the doctrine may be useful as a judicial concept, it only confounds the lay juror. The Court observed that doctrine's inherent ambiguities and arcane language do not fully convey to a jury that a defendant

se ponderar, como já fez Hamdami, se isso não seria, simplesmente, uma forma da justiça penal em aceitar uma responsabilidade penal objetiva.[42] Opiniões como de Charlow[43] ou Husak[44] devem ser, também, tomadas em conta para a percepção de que as considerações sobre a cegueira deliberada não são tão unânimes e, tampouco, podem ser utilizadas indistintamente, nem nos Estados Unidos da América, nem, muito menos, no Brasil.

Nesse sentido, parece ficar clara a existência de uma contradição na aplicação indiscriminada da cegueira deliberada em sede brasileira. As moções de "saber" (vontade) e de "dever saber" (risco), nem sempre se amoldam ao que seria "fechar os olhos", muito menos a uma alta probabilidade. Existem situações em que uma alta probabilidade pode até implicar em dever saber, mas nem sempre. Quando isso se der, dispensável o socorro ao instituto. Quando não se der, impensável seu uso.[45]

Diga-se, pois, que não existe, verdadeiramente, a possibilidade de simples acoplamento de uma noção de alta probabilidade com a ideia de risco, e mais. Os limites da cegueira implicariam uma leitura de algo diverso do dolo, como já pontuou Ragués I Vallès. Se isso é verdade, estar-se-ia, aqui, a pretender uma imputação para além do que permite o Código Penal brasileiro, o que seria, em si, ilegal e ilegítimo.[46]

---

who has enough knowledge to prompt an investigation, but then fails to do so, really does 'know' all that the law requires for conviction. Conversely, the Court stated that it is important to make the jury understand that a large amount of information is required to prompt further investigation; otherwise, the prosecution is relieved of its burden of proving knowledge beyond a reasonable doubt. The Court did not go so far as to condemn the deliberate ignorance instruction, but it urged the adoption of a new instruction that would better explain the purpose of the doctrine and the factual basis requires to support a finding of culpability under its terms. Soon after the *Jewell* decision, the Ninth Circuit recognized the dangerous of jury indecisiveness and sought to limit the application of the willful blindness instruction." KAENEL, Frans J. von. Op. cit., p. 1204 e ss.

42. Cf. HAMDAMI, Assaf. Op. cit., p. 415 e ss.
43. CHARLOW, Robin. Op. cit., p. 1413 e ss.
44. Cf. HUSAK, Douglas. Willful Ignorance, Knowledge and the "Equal Culpability" Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality. In: HUSAK, Douglas. *The Philosophy of Criminal Law. Selected Essays*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 225 e ss.
45. Em similar sentido, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit., p. 4.
46. Callegari percebe essa realidade ao comparar a normativa brasileira à realidade espanhol. Para ele, "na legislação brasileira, não se utilizou as expressões 'sabiendo' ou 'a

Além disso, a própria consideração da assunção da ideia de risco para a configuração do dolo eventual na lavagem de dinheiro parece, também, limitada ao estabelecimento de parâmetros bem definidos sobre o que seriam as fronteiras do permitido. Imaginar-se a permissão de imputação absolutamente generalizada do dolo eventual sobre qualquer sorte de atividade, seria o mesmo que legitimar uma responsabilização penal para além da responsabilidade percebida em atividades cotidianas. Não se trata, como exposto na jurisprudencia espanhola, de alguém que "pudiendo y debiendo conocer, la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero no obstante presta su colaboración, se hace acreedor a las consecuencias penales que se deriven de su antijurídico actuar".

Talvez outros horizontes possam ser trabalhados nessa busca, em especial quando se está a trabalhar com campos ainda enigmáticos do Direito Penal, como é o exemplo recorrente, das questões ligadas ao mundo digital. Quem sabe aqui, firme-se campo propício para novos desenvolvimentos. Não, contudo, um uso desmedido e impensado na *civil law*. Nesse sentido, é de se rejeitar semelhante incontido uso.

## 5. CONCLUSÕES

Observados os pontos destacados, parece restar claro que, em primeiro lugar, não se pode dizer que dolo eventual e cegueira deliberada representam um mesmo instituto. Eventualmente, podem eles coincidir, mas nunca de se dizer por sua sinonímia. Não existe uma coincidência de sentidos, até mesmo porque, se assim o fosse, seria absolutamente supérflua e desnecessária toda a discussão.

Tendo isso em mente, compete aclarar duas distintas situações, vistas em ordem inversa ao exposto no presente ensaio. É de se ver que, em termos mundiais, pode-se verificar uma concordância ou uma discordância com os predicados da teoria da *willful blindness*. O que parece, contudo, equivocado, é a sua utilização unicamente como critério argumentativo para referendar uma decisão calcada, unicamente, em supostas bases construídas sob a égide do dolo eventual.

---

sabiendas' como o fez o legislador espanhol, já que o tipo só faz menção aos verbos 'ocultação' ou 'dissimulação' da procedência dos bens, o que permite concluir que nesses casos só cabe o dolo direto." CALLEGARI, André Luís. Op. cit., p. 153.

Assim, por primeiro, que se diga que, a partir da verificação de um não paralelismo entre dolo eventual e cegueira deliberada, dever-se-ia fazer a análise sobre a possibilidade de utilização do instituo de origem anglo-saxã, em sede de *civil law*. As sentenças oriundas da Operação Lava Jato, por exemplo, sustentam a realidade dada no STE como indício dessa legitimidade. Neste ponto, concorda-se com o alegado, mas com um destaque. É de se imaginar que a cegueira deliberada pode até mesmo se portar como um *tertium genus* subjetivo, próximo ao dolo eventual, mas somente em um horizonte (como o espanhol ou alemão), onde não exista uma definição ideal do que venha a ser dolo ou dolo eventual. E, isso fica ainda mais aceitável quando se verifica que a legislação espanhola acaba prevendo a situação de dolo eventual no próprio crime de lavagem de dinheiro, fazendo tábula rasa da discussão a esse respeito.

Em segundo lugar, cabe a derradeira dúvida sobre a possibilidade de aplicação do instituto no Brasil, e, em especial, para a imputação de lavagem de dinheiro. Aqui, a consideração conclusiva é negativa. Não parece correta a aplicação, em primeiro lugar porque as sentenças mencionadas, aqui analisadas, não explicaram que geração da *willful blindness doctrine* estavam a considerar. A visão simplista de um mero fechar de olhos foi há muito abandonada, justamente pela insegurança que dela decorria. Os mínimos requisitos para sua aplicação, vale dizer, o necessário conhecimento da presença de uma alta probabilidade de ocorrência danosa, simplesmente não foram avaliados.

Além disso, a sua utilização nos julgamentos dos feitos derivados da Operação Lava Jato simplesmente ignorou a particularidade da expressa previsão típica do conceito de dolo no Código Penal, situação completamente diversa da vista e encontrada na Espanha, a qual foi utilizada como justificativa do paralelismo. Essa, em especial, também uma causa determinante para a rejeição do emprego, como se deu, da cegueira deliberada no cenário brasileiro, pois, caso se pretendesse sua utilização, haveria de se mostrar necessária, ao menos, uma alusão à superação posta.

Várias análises poderiam ser feitas em relação à justificativa do porquê isso se deu. A resposta mais simples, e possivelmente a correta, conforme apontado na tão mencionada realidade espanhola por autores da envergadura de Ragués I Vallès, seria de que, com isso, se mostra facilitada a função condenatória. Não se faz, por assim dizer, necessária prova do dolo, ou do conhecimento prévio, como alude à literatura estrangeira, e dá-se um aparente contentamento com a percepção da autocolocação em estado de ignorância. O risco dogmático da ampliação do foco subjetivo através desse novo instituto, em particular no Brasil parece, assim, absolutamente temerário, pois tudo, simplesmente tudo, poderia ser enquadrado, de alguma forma, como situação de cegueira, em al-

gum momento, deliberada. Em busca de um equilíbrio entre eficácia dessa aplicação e a garantia de um processo equilibrado, indubitavelmente é de se ficar com a garantia e a rejeição à cegueira deliberada, ao menos qual se deu nos julgamentos aqui vistos.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler. *Crime and Culpability. A Theory of Criminal Law.* Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações correlatas.* São Paulo: Ed. RT, 2012.

BONFIM, Marcia Monassi Mogenot; BONFIM, Edilson Mougenot. *Lavagem de dinheiro.* São Paulo: Malheiros, 2008.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Dos tipos penais. *In*: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro. Aspectos penais e processuais. Comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012.* São Paulo: Ed. RT, 2014.

BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. *In*: BUSTATO, Paulo César (coord.). *Dolo e direito penal.* São Paulo: Atlas, 2014.

CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro. Aspectos penais da Lei 9.613/1998.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CHARLOW, Robin. Wilful Ignorance and Criminal Culpability. *Texas Law Review*, vol. 70, n. 6, 1992.

CHIESA, Luis E. *Substantive Criminal Law. Cases, Comments and Comparative Materials.* Durham: Carolina Academic Press, 2014.

DANIEL, Alex. Willful Blindness: The Hazards of an Evolving Standard of Knowledge. Disponível em: [http://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1347&context=student_scholarship]. Acesso em: 27 jul. 2015.

DÍAZ PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normativização. Tradução e notas de Paulo César Busato. *In*: BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e direito penal. Modernas tendências.* São Paulo: Atlas, 2014.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo: sobre la normatización del dolo. *CPC* 65, 1998.

GAROFOLI, Roberto. *Manuale di diritto penale. Parte generale.* Roma: Nel Diritto, 2016.

GRECO, Luís. Comentario al artículo de Ramon Ragués. *Discusiones XIII. Ignorancia deliberada y derecho penal,* 2014.

HAMDAMI, Assaf. Mens Rea and the Cost of Ignorance. *Virginia Law Review*, vol. 93, 2007.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, vol. I, t. 2.

HUSAK, Douglas. Willful Ignorance, Knowledge and the "Equal Culpability" Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality. *In*: HUSAK, Douglas. *The Philosophy of Criminal Law. Selected Essays*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

KAENEL, Frans J. von. Willful Blindness: A Permissible Substitute for Actual Knowledge under Money Laundering Control Act? *Washington University Law Review*, vol. 71, 1993.

LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dolo y conocimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

LEITE, Paulo Moreira. *A outra história da Lava Jato*. São Paulo: Geração, 2015.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes do crime). Anotações às disposições criminais da Lei 9.613/1998*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARCUS, Jonathan L. Model Penal Code Section 2.02(7) and Willful Blindness. *The Yale Law Journal*, vol. 102, n. 8, 1993.

MASUCCI, Massimiliano. *Fatto e valore nella definizione del dolo*. Torino: Giappichelli, 2004.

MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. *In*: BALTHAZAR JÚNIOR, José Paulo; MORO, Sérgio Fernando (org.). *Lavagem de dinheiro. Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Dolo como concepto objetivo. Dolo e imprudencia: relación y delimitación. Datos psíquicos: relevancia. Prueba del dolo en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *La estructura de la teoría del delito en ámbito jurídico del "Common Law"*. Granada: Comares, 2002.

PITOMBO, Antonio Sérgio de Moraes. *Lavagem de dinheiro. A tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1999.

_____. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007.

_____. Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal. *Discusiones XIII. Ignorancia deliberada y derecho penal*, 2015.

ROBBINS Ira P. The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Rea. *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 81, 1990.

RONCO, Mauro. La riscoperta della volontà nel dolo. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penal* 57, 2014.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. t. I. Fundamentos, La estructura de la teoría del delito*. Traducción por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SARCH, Alexander F. Willful Ignorance, Culpability, and the Criminal Law. *St. John's Law Review*, vol. 88, 2014.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro. *Boletim do IBCCrim* 246, 2013.

SOUZA NETO. *O motivo e o dolo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

VERO, Giancarlo De. Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto. Considerazioni a margine della sentenza delle Sezioni Unite sul caso ThissenKrupp. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penal* 58, 2015.

WASH, Brian W. The Supreme Court's Willful Blindness Doctrine Opens the Door to More Wrongful Criminal Convictions. *The Heritage Foundation* 3304, 2011.

ZIELINSKI, Diethart. *Dolo e imprudencia. Comentario a los §§ 15 y 16 del Código Penal alemán*. Traducción por Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também doutrina

- A garantia do juiz natural: predeterminação legal do órgão competente e da pessoa do julgador, de Gustavo Badaró - *RBCCrim* 112/165-188 (DTR\2015\1979);
- Criminologia cultural e mídia: um estudo da influência dos meios de comunicação na questão criminal em tempos de crise, de Carlo Velho Mais e Renan da Silva Moreira - *RBCCrim* 108/437-460 (DTR\2014\9541); e
- Lavagem de ativos: dolo direto e a inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada, de Marco Antonio de Barros e Thiago Minetti Apostólico Silva - *RT* 957/203-256 (DTR\2015\9539).

85936

# Nulidades na imputação criminal: Operação Lava Jato e o art. 383 do CPP

## *Nullities on criminal imputation: "Lava Jato Operation" and art. 383 of Brazilian Criminal Procedure Code*

**Ricardo Jacobsen Gloeckner**

Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Coordenador da Especialização em Ciências Penais da PUC/RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Advogado Criminalista.
ricardogloeckner@hotmail.com

**Área do Direito:** Processual; Penal

**Resumo:** O presente artigo pretende analisar a aplicação do art. 383 do CPP em face de uma teoria das nulidades constitucionalmente orientada, verificando como a emendatio libelli permite a manutenção de um sistema amorfo de formas jurídicas, elemento caracterizador do sistema inquisitório de imputação de crimes.

**Palavras-chave:** Imputação – Emendatio libelli – Nulidades.

**Abstract:** The intention of this article is to analyze the application of article 383 of the Brazilian Criminal Procedure Code towards a constitutionally orientated nullity theory, examining how the emendatio libelli doctrine supports an amorphous system of legal forms, which characterizes an inquisitorial system of criminal imputation.

**Keywords:** Imputation – Emendatio libelli – Nullities.

Sumário: 1. Introdução à Teoria das Nulidades – 2. Operação Lava-Jato e o art. 383 do CPP: criptoimputações no marco de um processo penal geneticamente deformado – 3. Uma breve explicitação do núcleo da questão: hermenêutica disforme do *iura novit curia*? – 4. O Caso Drassich: linhas fundamentais acerca da inserção da "matéria de direito" como elemento do contraditório – 5. Questão de Fato e Questão de Direito: algumas notas sobre rearranjos conceituais reflexivamente defeituosos – 6. Política inquisitorial da acusação: criptoimputação, aglomeração quântica de poder, rearranjo conceitual – 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO À TEORIA DAS NULIDADES[1]

A nulidade corresponde a um ato processual penal inválido, declarado judicialmente ineficaz. Os sistemas processuais penais contemporâneos contemplam as nulidades, estabelecendo distintos regimes jurídicos, apesar de algumas categorias estarem presentes indistintamente (a distinção nulidade relativa x absoluta; o estabelecimento de hipóteses de saneamento do ato processual penal defeituoso, a legitimidade para a arguição do defeito etc.).

Quando enfrentada a questão do ponto de vista jurídico-político, isto é, quando examinada a pertinência da forma do ato processual e os regimes de invalidade concernentes aos seus defeitos, torna-se fácil concluir-se que a forma processual penal mais rígida se aproxima do sistema acusatório. O sistema inquisitório, por seu turno, é conformado por uma ilegalidade congênita, o que vale dizer: por uma tendência ao amorfismo, implicando em diversas espécies de sanatórias e pela relativização do defeito da forma processual (investida das nulidades relativas sobre as absolutas ou relativização das nulidades – mesmo as absolutas).

O escopo do presente trabalho não é repristinar argumentos teóricos já traçados em outro local. Mas sim, enfrentar uma temática que merece revisão a partir da teoria das nulidades (não daquela clássica, sobre a comistão de bases pandectísticas em meio a um caldo cultural autoritário), cujo sustentáculo doutrinário requer uma aproximação constitucional, em sede de fundamento, e teórica, em sede de adequação ao modelo acusatório. Sem tais ajustes, as nulidades acabam se tornando obstáculos à obtenção da decisão judicial, sendo pois, relativizadas (imperativo de flexibilização formalística) desde um quadro processual penal inquisitório e, ainda, ligadas a uma expressão autoritária de processo penal, dada sua origem, no Brasil, em pleno Estado Novo, a partir da transmissão da doutrina e legislação italiana do Código de 1930.

## 2. OPERAÇÃO LAVA-JATO E O ART. 383 DO CPP: CRIPTOIMPUTAÇÕES[2] NO MARCO DE UM PROCESSO PENAL GENETICAMENTE DEFORMADO

Não serão levados aqui maiores esclarecimentos sobre a referida operação, que tem se encarregado de levar o colapso do sistema processual penal brasi-

1. Todas as premissas discutidas neste ponto podem ser encontradas em GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*: introdução principiológica à teoria do ato processual penal irregular. 2. ed. Salvador: JusPodvm, 2015.

2. Sobre a criptoimputação, no sistema penal italiano (precedente à reforma de 1989), pensada para situação jurídica diversa da *emendatio libelli*, temos que os fundamentos

leiro adiante. Evidentemente muito já foi dito sobre a mencionada operação, inclusive em termos de paralelismo à famosa Operação *Mani Pullite* na Itália. O que será apresentado, neste tópico, consiste apenas na demonstração de que no corpo deste conjunto de procedimentos processuais penais, utiliza-se do art. 383 do CPP para salvaguardar imputações, dando-se vazão a verdadeiras imputações alternativas tácitas,[3] obviamente inconstitucionais.

Para se ter notícia de como o Judiciário brasileiro tem conduzido as decisões sobre a *emendatio libelli*, cita-se, como exemplo paradigmático, o casos do *habeas corpus* 5032283-17.2015.404.0000,[4] julgado em outubro de 2015

exarados por Foschini são à esta extensíveis: "a criptoimputação não é admissível porque ilógica e lesiva ao direito de defesa do imputado, especialmente se inocente" (o que é presumido). FOSCHINI, Gaetano. *Tornare Alla Giurisdizione*: saggi critici. Milano: Giuffrè, 1971, p. 306.

3. Há quem, apesar de negar juridicidade às imputações implícitas ou tácitas, sustenta a legalidade de imputações alternativas. Cf JARDIM, Afrânio da Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 145 *et seq.*

4. *Habeas corpus*. "Operação Lava-Jato". Direito processual penal. Denúncia. Lei 12.850/2013. Adequação típica. Retroatividade. Processamento. Emendatio libeli 1. Apenas em caráter excepcional ocorre a possibilidade de trancamento do inquérito policial ou da ação penal, por meio da impetração de *habeas corpus*, sem necessidade de realização de instrução probatória. 2. Necessária a demonstração, de plano, da ausência de justa causa para o inquérito ou para a ação penal, consubstanciada na inexistência de elementos indiciários capazes de demonstrar a autoria e a materialidade do delito, a atipicidade da conduta e a presença de alguma causa excludente da punibilidade ou, ainda, nos casos de inépcia da denúncia. 3. É assente na jurisprudência que a denúncia não precisa narrar precisamente a função de cada um na organização voltada ao cometimento de ilícitos penais, notadamente quando se tratar de crimes complexos praticados por várias pessoas em comunhão de esforços e vontades. Desnecessário, pois, relatar com exaustão o comportamento de cada um dos agentes e a sua importância na empreitada criminosa. 4. Os crimes coletivos, que produzam dificuldades investigativas na definição precisa da participação de cada um dos agentes envolvidos, admitem certo grau de generalidade na denúncia, sem que isso represente violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório. 5. Segundo o art. 383 do Código de Processo Penal, o juiz pode dar aos eventos delituosos descritos na inicial acusatória a classificação legal que entender mais adequada, procedendo à emenda na acusação (emendatio libelli), sem que isso gere surpresa para a defesa. 6. Eventual conclusão acerca da aplicação retroativa da Lei 12.850/2013 não conduz à absolvição sumária dos impetrantes, mas à requalificação jurídica dos fatos, como mediante a tipificação no art. 288 do CP. 7. Eventual necessidade de adequação típica da conduta imputada aos réus da ação penal, não conduz automaticamente à absolvição sumária. 8. Ordem de *habeas corpus* denegada (TRF-4 – HC: 50322831720154040000

pelo Tribunal Regional da 4.ª Região, tendo como relator o Des. João Pedro Gebran Neto. Na fundamentação, além de o Tribunal fazer menção a decisões anteriores do STF, a relatoria indica que a possibilidade de adequação típica, por parte do julgador, encontra sentido na circunstância de que "a tipificação dada é apenas provisória, podendo o magistrado, inclusive na sentença, dar a correta definição jurídica aos fatos".

Poderíamos avançar em outros casos tratados na mesma operação, ou em julgados sedimentados no entendimento de nossos tribunais superiores. Contudo, para efeitos de revisão teórica, basta demonstrar a aplicação usual da jurisprudência – em especial na Operação Lava Jato – da chamada *emendatio libelli*. Expandir o exame de casos, mas duas questões dispensam tal alongamento do debate: a) a consolidação doutrinária do instituto; b) a larga aplicação jurisprudencial acrítica. Assim, passamos ao exame teórico crítico da categoria.

## 3. UMA BREVE EXPLICITAÇÃO DO NÚCLEO DA QUESTÃO: HERMENÊUTICA DISFORME DO *IURA NOVIT CURIA*?

Tomando-se como premissa a instrumentalidade constitucional do processo penal,[5] o tema do princípio da *correlação entre imputação e sentença*[6] carece de maiores aprofundamentos. Salvo raras exceções,[7] a doutrina costuma, ao reproduzir máximas e verbetes jurisprudenciais, retroalimentar um sistema acrítico de categorias processuais penais. Vale dizer, além da teoria geral do processo, a carregar de sentido inúmeros conceitos processuais penais, tratando-os como se fossem privatísticos (veja-se temas como objeto do processo, ação penal, nulidades etc.), tem-se ainda, a sobrevivência umbrática de conceitos pandectísticos e romanísticos, como se tais categorias pudessem de fato, dada a complexidade de nossa sociedade, fazer algum sentido. Evidentemente

5032283-17.2015.404.0000, Relator: João Pedro Gebran Neto, j. 30.09.2015, 8.ª T., Data de Publicação: *D.E.* 01.10.2015).

5. Cf. LOPES JÚNIOR, Aury. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013; Cf GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. cit..

6. Utiliza-se o termo imputação, ao revés de acusação, como tradicionalmente se apresenta o termo, a partir da seguinte consideração: por acusação entende-se a potestatividade do Ministério Público em denunciar alguém (substituindo-se, portanto, o termo ação).

7. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. *Correlação entre acusação e sentença*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009; MALAN, Diogo. *A sentença incongruente no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

que a tradição jurídica não pode ser simplesmente esquecida ou neutralizada a partir de um giro linguístico, que estabeleceria uma espécie de marco zero da linguagem.[8] Tampouco a aplicabilidade de conceitos escolásticos, reatualizados a partir da metafísica da consciência podem servir de critérios oportunos nesta quadra do constitucionalismo contemporâneo.

No âmbito do presente ensaio parece-nos inarredável a circunstância de que velhos axiomas ou brocardos como *iura novit curia*, *da mihi factum dabo tibi jus* são manifestamente simplistas em demasia para explicitar as situações jurídicas que ocorrem no curso do processo penal. Se por um lado o princípio da estrita jurisdicionalidade (*nulla poena sine juditio*), como demonstrou Ferrajoli,[9] constitui-se como uma garantia constitutiva do processo penal contemporâneo, igualmente o princípio da correlação (ou congruência) entre imputação e sentença, no processo penal, ainda merece ampla dedicação da doutrina para lhe traçar seus contornos. Esta a tarefa basilar do ensaio, como já dito.

Basicamente, a doutrina processual penal e a jurisprudência brasileiras tratam as questões do mencionado princípio a partir de uma leitura reducionista, filtrando o princípio da correlação entre imputação e sentença, de matriz constitucional, através dos arts. 383[10] e 384,[11] ambos do Código de Processo Penal Brasileiro, modificados pela Reforma de 2008. Em síntese, reassentando a lógica autoritária do Código de Processo Penal de 1941, o princípio da correlação entre imputação e sentença apresenta-se como um obstáculo ao bom funcionamento da justiça criminal. Geralmente, a doutrina brasileira atribui pouca expressão à Exposição de Motivos do Código de 1941 – para não dizer desconhecimento – esquecendo-se do caldo cultural de onde brota a *epistème* inquisitorial. Aqui, imprescindível citar-se textualmente as palavras do Minis-

8. STRECK, Lênio L. *O que é isto? Decido conforme minha consciência*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

9. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoria del garantismo penal. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

10. *Art. 383*. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

11. *Art. 384*. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

tro Francisco Campos para se poder verificar que espécie de pensamento político se encontra amalgamado na categoria sentença, objeto que, segundo a formatação do próprio CPP, conteria o princípio da congruência:

> O projeto, generalizando um princípio já consagrado pela atual Lei do Júri, repudia a proibição de sentença condenatória *ultra petitum* ou a desclassificação *in pejus* do crime imputado (grifo meu). Constituída um dos exageros do liberalismo o transplante dessa proibição, que é própria do direito privado, para a esfera do direito processual penal (grifo meu), que é um ramo do direito público. O interesse da defesa social não pode ser superado pelo unilateralíssimo interesse pessoal dos criminosos (grifo meu). Não se pode reconhecer ao réu, em prejuízo do bem social, estranho direito adquirido a um *quantum* de pena injustificadamente diminuta, só porque o Ministério Público, ainda que por equívoco, não tenha pleiteado maior pena (grifo meu). Em razão do antigo sistema, ocorria, frequentemente, a seguinte inconveniência: não podendo retificar a classificação feita na denúncia, para impor ao réu sanção mais grave, o juiz era obrigado a julgar nulo o processo ou improcedente a ação penal, conforme o caso, devendo o Ministério Público apresentar nova denúncia, se é que já não estivesse extinta a punibilidade pela prescrição. Se o réu estava preso, era posto em liberdade, e o êxito do segundo processo tornava-se, as mais das vezes, impossível, dado o intercorrente desaparecimento dos elementos de prova. Inteiramente diversa é a solução dada pelo projeto, que distingue duas hipóteses: o fato apurado no sumário é idêntico ao descrito na denúncia ou queixa, mas esta o classificou erradamente; ou o fato apurado ocorreu em circunstâncias diversas não contidas explícita ou implicitamente na peça inicial do processo, e estas deslocam a classificação. E os dois casos são assim resolvidos: no primeiro, é conferida ao juiz a faculdade de alterar a classificação, ainda que para aplicar pena mais grave; no segundo, se a circunstância apurada não estava contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa, mas não acarreta a nova classificação pena mais grave, deverá o juiz conceder ao acusado o prazo de 8 (oito) dias para alegação e provas, e se importa classificação que acarrete pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público

> adite a denúncia ou a queixa e, em seguida, marcará novos prazos sucessivos à defesa, para alegações e prova.[12]

Como se pode perceber, cuida-se de uma estrutura processual absolutamente infensa a qualquer norma limitadora, tanto dos poderes judiciais quanto daqueles pertencentes à acusação. Entretanto, para fins de exame da matéria, devemos chamar a atenção para a circunstância de que tanto nas normas disciplinadas nos arts. 383 e 384 do CPP quanto na própria exposição de motivos, o termo *fato* emprestaria sentido e funcionalidade aos dispositivos processuais, pelo que o princípio da correlação entre imputação e sentença seria ressignificado a partir de sua ontologização.

Todavia, a ideia de congruência da sentença aparece, preliminarmente, associada à tradição de que a decisão deve ser exatamente a mesma que aparece na pretensão acusatória, não podendo ser *ultra*, *extra* ou *citra petita*.[13] Para Pedro Aragoneses, a congruência se trata de um princípio normativo dirigido à limitação das faculdades resolutivas do órgão jurisdicional, devendo haver identidade entre o julgado e o controvertido, oportunamente, pelos litigantes e em relação com os poderes atribuídos ao órgão jurisdicional pelo ordenamento jurídico.[14] Para Armenta Deu,[15] o princípio da congruência, no processo civil, decorre dos princípios dispositivo e de aporte de parte, bem como na proibição do *non liquet*. Já no processo penal, o fundamento residiria no princípio acusatório e no contraditório. Notadamente, aqui, a incongruência da sentença ocorrerá quando a sentença não refletir o objeto do processo.[16] Para a maioria dos autores, a correlação estaria garantida quando se verifica a preservação do objeto do processo.[17] O que causa espanto é que não raras vezes o princípio da congruência apareça atrelado ao *iura novit curia*. Este princípio, em linhas básicas, significa que os juízes e/ou tribunais não se acham limitados aos erros ou

12. CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do Código de Processo Penal (Dec. Lei 3.689, de 03.10.1941). Item XII.
13. GUASP DELGADO, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho procesal civil*. 6. ed. Madrid: Civitas, 2003. t. I, p. 519.
14. ARAGONESES, Pedro. *Sentencias congruentes*: pretensión, oposición, fallo. Madrid: Aguillar, 1957. p. 227.
15. ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho procesal penal*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 42.
16. Idem, p. 269.
17. Cf. GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia. *Correlación entre acusación y sentencia penal*. Tesis de Doctorado. San Cristóbal de la Laguna, 2001; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. Op. cit.; ARMENTA DEU, Teresa. Op. cit.

omissões das partes, podendo decidir de maneira desvinculada daqueles aspectos formais, como acentua Couture.[18-19] Contudo, em um processo acusatório não haverá espaço para esta desvinculação entre a sentença e a acusação, como apontará Luchini ao comentar a involução inquisitória operada na Itália.[20]

Evidentemente, a interpretação produzida pelo princípio *iura novit curia* permite, a partir de decisões apegadas à literalidade dos dispositivos contidos nos arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal Brasileiro, a conclusão de que inexistiria um direito ao contraditório no que diz respeito às matérias de direito. A posição autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro é ainda reforçada pela substancialização do "fato naturalístico", em uma simplória interpretação que permite algumas conclusões verdadeiramente absurdas em pleno século XXI. Preliminarmente, iniciaremos com a análise do *Caso Drassich* julgado em 2010 pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a fim de avançarmos na discussão destes elementos.

## 4. O CASO DRASSICH:[21] LINHAS FUNDAMENTAIS ACERCA DA INSERÇÃO DA "MATÉRIA DE DIREITO" COMO ELEMENTO DO CONTRADITÓRIO

Mario Drassich era magistrado em Trieste e fora acusado pelo delito de corrupção praticado através de ato funcional (1994). Drassich foi condenado tanto em primeiro quanto em segundo grau. Em 2004, recorreu ao Tribunal de Cassação contra a sentença da Corte de Apelação de Veneza que lhe havia condenado pelo delito de corrupção funcional, alegando igualmente a prescrição do delito. A Corte de Cassação reconfigurou o delito, que passava a ser agora, o de corrupção em atividade jurisdicional, cujo lapso temporal da prescrição era bem mais extenso. Em 2007, Drassich apresenta recurso junto ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, alegando violação de inúmeros preceitos, especialmente o art. 6.º da Convenção Europeia de Direitos do Homem, que garante

18. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. Buenos Aires/ Montevideo: B de F, 2005, p. 234.

19. Para uma análise histórica e horizontal do princípio *iura novit curia* recomenda-se a leitura de ESQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000 e SENTÍS MELENDO, Santiago. *El juez y el derecho (iura novit curia)*. Buenos Aires: EJEA, 1957.

20. LUCHINI, Luigi. *Elementi di procedura penale*. 4. ed. Firenze: Barbèra, 1920, p. 408 *et seq*.

21. Recurso 25575/2004, caso Drassich *vs* Itália.

o direito de ser informado, em tempo razoável, em língua compreensível e de modo detalhado, da natureza e dos motivos da acusação formulada contra si.

Basicamente, o objeto debatido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos analisou os seguintes pontos: a) a existência de uma requalificação jurídica *ex officio* por parte do Tribunal de Cassação; b) a inexistência de manifestação de Drassich a respeito da nova qualificação jurídica existente. Como corolário destes pontos, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos avaliou que a regra contida no art. 6.º da CEDH – a exigência de que os acusados recebam informações sobre a imputação – fora violada. Neste ponto, não apenas acerca dos motivos ou "fatos" que fundam a acusação, mas também da própria qualificação jurídica. Demais disso, o TEDH decidiu que a informação precisa acerca das imputações consiste em uma condição indispensável de equidade do procedimento. A argumentação do Governo italiano girou em torno de que a nova qualificação jurídica não passava de uma qualificadora do tipo penal redimensionado, e que, portanto, não gerava maiores problemas no que diz respeito ao art. 6.º da CEDH. O TEDH decidiu que a nova figura delitiva determinava um tipo penal autônomo, tanto que exigia elemento subjetivo do tipo, correspondendo, portanto, à inserção de elemento diverso da imputação originária. Assim sendo, restaria evidente que a requalificação jurídica do fato promovida pela Corte de Cassação afastava a possibilidade de defesa e manifestação do acusado, que apenas exerceu tal direito referentemente à acusação originária.[22]

O precedente lançado pelo TEDH, como bem lembrado por Capone,[23] representa uma nova configuração do princípio da correlação entre acusação e sentença. Desta forma, para Capone, os limites cognitivos à autoridade jurisdicional são fisiológicos e conaturais ao sistema acusatório, para além da questão referente à natureza do novo julgado ou da repartição de poderes entre magistrado e partes, se de feição inquisitiva ou dispositiva. A proibição do juiz, de se preocupar com questões que não lhe foram direcionadas, deve-se à diferenciação entre juiz e partes. Neste sentido que o contraditório se configurará como instrumento de tutela da imparcialidade do juiz.[24] Com efeito, o juiz não poderá se pronunciar a não ser sobre o que lhe foi requerido. O princípio

22. Na verdade o TEDH cita aqui alguns precedentes, como o caso Pelissièr e Sassi *vs* França e Sadak e outros contra Turquia.

23. CAPONE, Arturo. *Iura novit curia*: studio sulla riqualificazione giuridica del fato nel processo penale. Padova: CEDAM, 2010, p. 108.

24. Idem, p. 108.

geral que regula as relações entre a demanda da parte e poderes judiciais é o da correlação entre acusação (para nós imputação) e sentença (CAPONE: 2010, p. 138). Essa posição se assemelha em muitos aspectos àquela de Badaró, para quem "a desnecessidade da *mutatio libelli* não implica dispensa do contraditório sobre as questões de direito".[25]

Evidentemente, a aplicação da regra contida na CEDH sobre a necessidade de informação prévia ao acusado, em tempo hábil para a preparação da defesa, bem como o exercício do contraditório, no que diz respeito à chamada matéria de direito, constitui-se como um avanço significativo relativamente às disposições legais que cuidam da matéria (como por exemplo, o próprio art. 383 do Código de Processo Penal Brasileiro e o art. 521 do Código de Processo Penal Italiano). No entanto, parece-nos epistemologicamente insuficiente, uma vez que a resolução do TEDH baseada na nulidade da decisão não apenas não resolve o problema de fundo, como permite uma duplicação de problemas. Como desfecho do caso Drassich, houve renovação da imputação, com a possibilidade de exercício de defesa por conta do acusado. Todavia, deve-se salientar que novamente o acusado foi julgado perante a Corte de Cassação, com a condenação do réu pelo mesmo órgão julgador do qual se originou o próprio recurso ao TEDH.

Os direitos previstos no art. 6.º da CEDH não podem ser garantidos, com um nível de proteção intenso e eficaz, se forem mantidos os próprios tecidos constitutivos da *epistème* inquisitória, que pressupõe a dicotomia metafísica e desprovida de maior profundidade entre a questão-de-fato e a questão-de-direito. Naturalmente, em tal mundividência, há uma natural supremacia das questões de fato sobre as de direito, como destaca Ubertis.[26] Isto é, em última instância, que as repercussões processuais e probatórias serão sempre sobre os fatos (naturalísticos) e não aquelas questões de direito.

## 5. QUESTÃO DE FATO E QUESTÃO DE DIREITO: ALGUMAS NOTAS SOBRE REARRANJOS CONCEITUAIS REFLEXIVAMENTE DEFEITUOSOS

Para Taruffo,[27] a diferenciação entre juízes de fato e juízes de direito, introduzida nas reformas judiciárias inglesas por Henrique II, corresponderá à

25. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. Op. cit., p. 119.

26. UBERTIS, Giulio. *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*. Milano: Giuffrè, 1979, p. 43.

27. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 212.

diferenciação entre questão de fato e questão de direito. Após a conquista normanda, a configuração da instituição do júri como *trier of fact* corresponderá ao coração e núcleo mais festejado daquele sistema: "a distinção entre *issues of law* e *issues of fact* segue justamente a distinção entre a função do juiz e a função do júri".[28]

Desde já acompanhando Castanheira Neves, a dicotomia "questão de fato" e "questão de direito" seria uma problema dogmático, epistemológico ou metodológico?[29] E de fato, as múltiplas respostas encontradas na doutrina, apontam para a confusão de sentidos no emprego da problematicidade inerente às parêmias que acabam servindo como modais decisórios ou mesmo, para além desse precário servilismo apostólico a comandos autoritários, como significantes anêmicos. Esta confusão, diga-se de passagem, não é exclusiva do cerne processual (especialmente pela dedicação que se atribui ao cânone *iura novit curia*), mas também pode ser encontrado no próprio direito material (erro de direito e erro de fato). Portanto, naturalmente, as dimensões da dicotomia apresentada enfeixam categorias que se apresentam desde um subjetivismo voluntarista (como o problema erro de fato e erro de direito) até a sua extensão processual (que se equilibra a partir do erro *in procedendo* e erro *in judicando*),[30] cujo ápice problemático reside justamente na mutabilidade das narrativas processuais[31] e sua vinculação decisional. Ao se assumir uma postura positivista, inegável que não apenas os referidos "erros" reencontram seu lugar próprio numa epistemologia nomocêntrica, que inclusive se reflete no próprio âmbito cognitivo dos tribunais. Veja-se, portanto, que de certa forma a própria competência constitucional, definidora das atribuições dos Tribunais Superiores, retroalimenta este dimensionamento da questão, ao estreitá-la e comprimi-la num círculo autocompreensivo: a norma define o que é normativo e fático. Há, portanto, neste primeiro alinhamento, uma normatividade em diferendo do fá-

28. Idem, ibidem.

29. CASTANHEIRA NEVES, Alfredo. *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. vol. 1, p. 483.

30. Encontramos uma variação em Florian, para quem as nulidades substanciais consistem na violação de normas de direito penal, enquanto as nulidades formais consistiriam na violação de normas processuais. FLORIAN, Eugenio. *Principi di diritto processuale penale*. Torino: Giappichelli, 1932, p. 118.

31. Sobre narrativas processuais como campo contíguo à prova Cf. TWINING, William. *Rethinking evidence*: exploratory essays. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2006.

tico e do normativo. Por exclusão, o campo do meramente fático como objeto de uma ciência experimental também é renormatizado como pura perda, como uma lacuna delegada a outro campo e que, portanto, não diz respeito ao mundo jurídico. Em ambas as hipóteses, há uma determinação normativa do fático, o que não permite se falar em uma cisão profunda entre os dois universos. Esta dicotomia entre fato e direito, sustentada pelo espírito positivista que pretensamente operava a partir de construtos a emprestar unicidade metodológica ao direito positivo, permitia, portanto, que a questão de fato e a questão de direito fossem utilizáveis em quaisquer áreas jurídicas. Neste ponto, a obsessão por um método que permitisse uma distinção entre ciência do direito e ciências naturais requeria traços que marcassem, claramente, uma irrebatível cisão. É neste marco que o direito encontrará uma discussão muito particular: enquanto o direito opera com critérios normativos (primado da imputação), as ciências naturais privilegiam o método causal. Contudo, toda esta preocupação pela erradicação dos fantasmas da causalidade, ou de quaisquer outros indicadores que pudessem comprometer a higidez do purismo metodológico, reingressava por outras vias. Em outras palavras, não se conseguiu afastar por completo os supostos planos epistemológicos. Tome-se como exemplo o direito penal. A causalidade lá estava, a macular aquela pretensão de pureza que cobria o discurso do método. Evidentemente que o plano epistemológico, por assim dizer, reingressa e atormenta o monismo metodológico neokantiano. E, se, portanto, tem-se uma espécie de realinhamento epistemológico da ciência do direito, mesmo assim sempre se estaria a lidar com o seu objeto retrabalhado: a questão de direito; já no seu campo, o fato seria sempre circunspecto às dimensões naturais e fisiológicas. Portanto, não seria difícil conceber-se o fato como um elemento puramente extraprocessual. Esta organização de pensamento estabelecia, portanto, uma irrevogável estrutura mundividente. De um lado o objeto do direito: as questões de direito, executáveis, apreensíveis e dominàveis pelo método normativista. De outro, em paralelo, o fato, cuja apreensibilidade seria deixada ao encargo das ciências "naturais". Superada esta fase, de estanque irredutibilidade de um universo ao outro, temos um avanço do arsenal jurídico sobre o plano fático. Ou melhor: a apreensão do fato pelo direito. Assim, ainda no plano dogmático, uma nova orientação normativista tratou de endereçar certeiras críticas ao formalismo metodológico unicista: o normativismo teleológico. O normativismo teleológico tem como pressuposto a autonomia do conceito jurídico de fato de seu equivalente gnosiológico ou filosófico. Postas as coisas nestes termos, o fato seria um conceito amealhado nas entranhas jurídicas. Seria um fato qualificado pelos conceitos legais que lhe emprestariam forma. Se por um lado parece lógico que a metodologia teleológica de alguma

maneira conseguiu, ao menos aparentemente, uma ruptura da unicidade nomológica primitiva do primeiro formalismo, isto apenas foi possível devido à pluralização-unitária de seus conceitos, agora verdadeiros derivativos. Assim é que a reconstrução do conceito de fato se dará a partir já das fronteiras dos subsistemas jurídicos, a ocupar determinada finalidade de acordo com determinadas funções. Diz-se, aparentemente porque a hiperespecialização e o nível de densificação conceitual não parece permeável à questão epistemológica. Todavia, a metodologia teleológica trouxe, na verdade, um agravamento dos problemas já existentes no normativismo metodológico antecedente.[32] Neste caso, conceitos como "sociedade de fato", "situação jurídica de fato" etc., consistirão em dimensionamentos objetificantes do fato, à base de conceitos jurídicos ou desde já juridicizados. "São conceitos determinados *juridicamente – no seio* do direito e *pelo direito*".[33]

O resultado destas tensões entre duas matrizes positivistas é que fato e direito não podem ser mutuamente excludentes, nem tampouco redutíveis um ao outro. Pode-se afirmar, juntamente com Castanheira Neves, que há uma interconexão entre a questão de direito e de fato. Não há fato que possa independer da norma jurídica, nem tampouco norma que não seja criada, moldada e pensada a não ser para o fato: "o direito concretamente substantivado transcende e assume, assim, simultaneamente a questão-de-facto e a questão-de-direito, ao ser ele o resultado e a síntese-solução de ambas".[34] E isto é assim porque o direito leva o fato como seu elemento integrante. A correlatividade entre direito e fato, portanto, pode ser equacionada e deslocada para o panorama da problematicidade derivada da intencionalidade do direito. E eis, portanto, como não há de se perder de vista que toda a norma é uma norma apta a resolver determinado caso, uma norma que não pode despistar o fato.[35]

A partir de rápida passagem pelo pensamento de Castanheira Neves, pode-se concluir que o normativismo, em qualquer uma das suas feições, tende a objetivizar o fato, transformando-o numa espécie de plano atemporalizado, gerador de consequências normativas. Nesta seara, pois, o fato será mero suporte fático para a incidência de uma determinada norma. Quer se identifique no direito uma metodologia unívoca, quer sejam atribuídos determinados dispositi-

32. CASTANHEIRA NEVES, Alfredo. *Digesta... cit.*, p. 490.

33. Idem, p. 499.

34. Idem, p. 512.

35. CASTANHEIRA NEVES, Alfredo. *Metodologia jurídica*: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

vos de diferenciação sistêmica, justificados por uma órbita plurifuncional (embora autônoma respectivamente aos vários campos do direito), tais sistematizações são falhas na apreensibilidade de alguns pontos importantes para o tracejo de todas as aporias e de todas as implicações da dicotomia questão de fato e questão de direito. Preliminarmente, um pensamento metodológico monista será incapaz de lidar com os diversos substratos epistêmicos que são incorporados pelas tarefas estabilizadoras ou mesmo normalizadoras decorrentes do emprego das categorias enquanto dispositivos decisionais. Em síntese, pode-se afirmar que o formalismo positivista descura dos elementos pragmáticos das decisões, ao passo que apresenta fronteiras sabidamente rígidas relativamente ao seu entorno, com o que o fato em direito apreensível será nada mais do que uma derivação semântica de seu objeto epistemológico ou filosófico. Será, portanto, extraprocessual. Por seu turno, a multiplicidade de intenções dará vida a uma plurimetodologia, orientada pela canonização de fronteiras de sentido que, se bem apreendidas, elevarão a um nível insuportável de abstração o problema da nomometodologia. Com efeito, um pensamento teleologicamente orientado trará como efeito inevitável a sustentação de determinados nichos de especificidade que não raro importam, de outros campos jurídicos, os mesmo conceitos cuja valência adquire significado diverso. Por exemplo, tome-se em consideração a questão referente aos atos administrativos para se ter o traslado da teoria geral privatista dos atos jurídicos para o cerne do direito público. Nesta mesma linha de raciocínio, teremos, com frequência, uma tricotomia estabilizada pelo pensamento doutrinário tradicional: conceitos privatísticos transportados para o plano do processo civil, que por seu turno são reabsorvidos pelo direito processual penal. Eis como uma orientação teleológica não é apenas problemática em si, como representa uma ferramenta contraproducente para a reclamada "autonomia das esferas" jurídicas.

Retomemos, brevemente, alguns pontos que devem ser necessariamente apresentados e teoricamente sustentados para que possamos avançar mais rapidamente ao próximo ponto. Iniciemos com as operações multidisciplinares de cooptação conceitual, para depois investirmos sobre os desajustes intersistêmicos decorrentes do que se poderia denominar de *rearranjos conceituais reflexivamente defeituosos* e da *interpenetração de racionalidades juridicamente distintas*, causadoras de um pragmatismo politicamente determinado.

Os *rearranjos conceituais reflexivamente defeituosos* consistem numa operação de importação de conceitos de um nível ou campo de saber jurídico daquele que lhe albergou, para outro. Aqui, no campo do processo penal, sa-

bidamente tem-se a importação de conceitos do processo civil.[36] O efeito inevitável desta postura de diferenciação sistêmica é o excesso de racionalização, naturalmente produzido pelo sistema para atribuir-lhe sentido. Veja-se que, se tomarmos em conta a ideia de diferenciação entre sistema e ambiente, nos moldes que Luhmann[37] apresentou, determinado código operacional é requerido para o sistema compreender o que chega do ambiente. Por isso Luhmann afirma que o sistema seria operativamente fechado e cognitivamente aberto. Todavia, não se pode esquecer que este sistema, devido à sua clausura, deverá, necessariamente, recepcionar o material "geneticamente" equivalente ao seu, de modo que toda operação cognitiva gera, por seu lado, um processo de redução de complexidade, o que nada mais é do que um procedimento de produção de um excesso de racionalidade. Uma transposição conceitual erradica a categoria de seu *background* jurídico-cultural. Tome-se como exemplo a categoria nulidades. Desde as concepções acerca da natureza jurídica do processo (especialmente aquelas de cariz evidentemente privatístico como teorias do contrato, quase-contrato, relação jurídica) foi possível trasladar-se, sem dificuldades, um esquema de consideração dos atos processuais como categorias simétricas àquelas do direito privado. Daí para o processo penal, temos a sua completa metástase, porque para além da mera inaplicabilidade, o conceito se volta contra o próprio ambiente jurídico processual penal. Afirmar-se que as nulidades no processo penal admitem a categoria de nulidade relativa (pois haveria meramente interesse subjetivo da parte afetada pelo ato defeituoso, como acentua a doutrina) é inconcebível, posto que atinge diretamente os níveis mais básicos e primários da construção do processo penal desde o prisma constitucional. O que ocorre é a tentativa de adaptação constitucional por parte da doutrina e jurisprudência tradicionais, num esquema claudicante, que permite manter teorias autoritárias indenes ao advento da Constituição. Nos mesmos termos, teríamos como apontar problemas muito parecidos para a teoria da ação e naturalmente, para a teoria da congruência da sentença, objeto imediato do presente estudo.

Uma segunda operação metástica decorrente dos *rearranjos conceituais reflexivamente defeituosos* permite a reprodução dos mesmos problemas encontrados no denunciado positivismo nomometodológico. Aqui, determinados conceitos que pertencem a campos jurídicos são catalogados como extraprocessuais, de maneira igual ao conceito de fato, limitado ao seu estatuto epis-

36. GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia. Op. cit., p. 312.

37. LUHMANN, Niklas. *Social systems*. Stanford: Stanford University Press,1995.

temológico das ciências da experiência. Exemplos do campo penal emergem em profusão. Como linha argumentativa geral, tem-se a denominada "autonomia de instâncias", que em decorrência do excesso racionalizador tomado na operação de rearranjo conceitual é hermeticamente bloqueada do acesso ao seu *background* jurídico-cultural originário. Notadamente, este é um dilema prototípico da teoria da ação, no plano do direito penal. Mas se quisermos ultrapassar este solipsismo imagético, que parte da premissa da completude do subsistema jurídico, torna-se imperioso examinar que direções despontam neste cenário. No caso de um delito de defraudação de penhor, v.g., constitui prática comum às decisões dos tribunais, quando suscitada questão que diga respeito à natureza jurídica do penhor e do contrato por ele regulado, afirmar-se que direito civil e penal constituem-se como instâncias incomunicáveis.[38] O mesmo valeria para uma série de casos que revelariam que o objeto do direito penal seria meramente idealista (o que lhe desconfiguraria como "protetor de bens jurídicos").

O que é interessante apontar é que o rearranjo conceitual retira a categoria de seu *habitat*, exercendo sobre ela uma forte assepsia, a fim de lhe dotar de certa finalidade (sobrerracionalização), operando ficcionalmente como se aquela categoria fosse desde sempre um produto perfeito e acabado do próprio sistema. Em alguns casos, a fim de dotar de sentido (politicamente orientado), batizam-se determinadas normas como se se tratasse de um princípio unificador etc. Basta ver neste caso, novamente sobre as nulidades, o denominado "princípio da instrumentalidade das formas". Todavia, o que conta, para este momento, é que este procedimento de racionalização excessiva torna inanes as tentativas de reatar alguma genealogia com a categoria originária. Há um bloqueio comunicacional que garante não apenas a homeoestase sistêmica como o aprisionamento de sentido do conceito, justamente na expectativa de que

38. V.g.: Crime contra ordem tributária. Sonegação fiscal. Registro, no livro contábil, de valor menor ao da operação comercial como forma de não pagar o imposto devido. Conduta confessada que tipifica o delito do inc. II do art. 1.º da Lei 8137/1990. Crime que se consuma com a sonegação fiscal, prescindindo-se da sonegação tributária. No ilícito penal relativo à sonegação fiscal existe autonomia das instâncias cível e penal. Delito caracterizado. Sentença mantida no seu mérito. Crime continuado. Se os atos sucessivos já eram incriminados pela lei antiga, não há duas séries, mas uma única que incidirá sob a nova lei, mesmo que esta seja menos favorável. Multa. Face à Lei 8363/1991, a UFIR substituiu a BTN. Nova fixação do valor do dia-multa. Apelo do ministério público provido o recurso do réu desacolhido (Apelação Crime 692015209, 3.ª Câm. Criminal, Tribunal de Justiça do RS, rel.: Egon Wilde, j. 11.06.1992).

exerça determinada finalidade. A metástase é completa quando, por exemplo, a categoria acaba exercendo funções anômalas ou arbitrariamente seletivas. Em síntese, pode-se afirmar que nenhuma transposição conceitual é politicamente ingênua ou neutra. O seu resultado é a reprodução metástica de conceitos, em alguns momentos justificados com o recurso a uma submissão principiológica derivada da "colmatação" de lacunas epistemológicas, na expectativa de completude do sistema.

Fatalmente este rearranjo é reflexivo, pois a aqui chamada categoria originária acaba sofrendo novas reformulações, através, especialmente, daquelas categorias derivadas e metásticas. Exemplo disso é o ciclo que se inicia com o ativismo judicial civil, que se inspira nos poderes instrutórios de ofício do magistrado penal. Até aqui temos um rearranjo conceitual defeituoso. Todavia, percebe-se claramente o retorno de uma categoria já metástica, para o processo penal, enquanto reforço dos poderes de ofício do juiz penal, especialmente sob o argumento de que "se no processo civil já não se admite mais uma forma puramente liberal de condução do processo, quanto mais no processo penal que tutela o interesse da sociedade". Eis aqui um ciclo de reforço metástico da funcionalidade de um sistema autoritário, através da fixação de um sobrevalor à determinada categoria. Tem-se, portanto, um vórtice reflexivo de rearranjo conceitual, pelo que, a nosso juízo, como sustentaremos no próximo tópico, o princípio da correlação entre acusação e sentença é do ponto de vista político, um dispositivo clônico de um princípio processual amórfico (inquisitorial), indicado em outro lugar como politicamente vinculado a um sistema autoritário.[39]

Devemos agora retornar para o ponto de início: o princípio da correlação entre acusação e sentença.

## 6. POLÍTICA INQUISITORIAL DA ACUSAÇÃO: CRIPTOIMPUTAÇÃO, AGLOMERAÇÃO QUÂNTICA DE PODER, REARRANJO CONCEITUAL

Após já delimitarmos o campo hermenêutico e as funcionalidades do art. 383 do CPP, devemos atender a uma análise sobre o potencial (severo) de inconstitucionalidade do mencionado dispositivo.

Preliminarmente, devemos notar que algumas conclusões serão tomadas como ponto de partida das próximas considerações: a) a tradicional separação doutrinária entre questão de fato e questão de direito é, sob o plano das exigên-

39. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. cit.

cias que recaem sobre o processo penal contemporâneo, precária, pois está a atuar a serviço de uma submissão da forma processual a eventual e mero coadjuvante; b) epistemicamente, a cisão, tratada especialmente pela necessidade ou dispensabilidade do aditamento à denúncia, na esteira da redação do art. 383 do CPP, representa ainda que de forma embotada, um resquício daquela concepção normativista, metodologicamente unitária; c) isto não quer dizer que o processo penal não produza suas próprias categorias metásticas (derivadas, sobretudo, de uma tentativa hiper-racionalizadora de plurifuncionalidades), a conviver com os espectros daquele positivismo menos sofisticado; d) uma eventual identificação do fato com a norma também não parece a solução mais desejada, eis que assim procedendo se correria o risco de, estando o fato contido na norma, tudo se resolver em uma questão de direito, o que causaria, do ponto de vista dos princípios constitucionais do processo penal, um ainda mais intenso sinal de desgaste da forma-garantia.[40]

A primeira consideração a se fazer é que apesar de concordarmos com diversos pontos sustentados por Badaró,[41] (cuja obra se constitui como um dos mais avançados estudos sobre o tema e representa avanço indiscutível em termos de aceno para a democratização do processo penal brasileiro), o argumento (não menos importante) acerca da existência de fatos processuais e fatos penais parece-nos ainda dependente de alguns desdobramentos. Badaró, partindo do conceito de imutabilidade do objeto do processo, define o fato processual como um acontecimento histórico concreto. Portanto, trata-se deste evento histórico (e também delituoso) que se imputa ao acusado que não pode ser modificado. Este fato processual seria diverso do fato penal, que seria "uma entidade extraída de uma situação hipotética, de um tipo penal, e não um fato concreto que foi realizado pelo autor e que foi introduzido no processo através da imputação".[42] Assim, para que se identifique o conteúdo imutável do processo, os elementos ligados ao fato penal não podem ser utilizados. A permissão para a modificabilidade do fato se daria somente naquelas situações irrelevantes para a condenação ou para a tese defensiva.[43]

O primeiro problema – mediato – que detectamos na caracterização do fato processual como objeto do processo, consiste na própria natureza jurídica que

40. Isto não quer dizer que se possa, de forma purista, trabalhar com uma separação idealizada de fato e de direito. Há, como já mencionado, uma correspectividade.

41. Cf BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. Op. cit.

42. Idem, p. 99.

43. Idem, ibidem.

lhe é atribuída. Caracterizá-lo como um evento puramente histórico cria o risco de se abrir pauta para a discussão do processo penal como uma entidade canalizadora da descoberta da verdade, através do reingresso lateralizado da substância ontológica "extraprocessual". Nesta senda, se o fato processual constitui o objeto do processo,[44] o objeto do processo descortina-se na própria descoberta da verdade (ou como se queira nominá-la), gerando todas as vicissitudes que um processo de natureza inquisitorial pode acarretar.

Um segundo problema corresponde à caracterização da relação de identidade do objeto do processo, que segundo o autor, deve permanecer imutável. Contudo, verifica-se que tal conceito de identidade do objeto do processo – fato histórico único ao longo do processo – seria de natureza jurídica e não lógica.[45] Naturalmente, as mesmas críticas que foram apontadas para uma concepção normativista da questão de fato e questão de direito reingressam na problemática. Haverá, como consequência, uma normatização inevitável do conceito de fato – tanto que se lhe afirma ser "processual". Numa primeira versão, torna-se possível fazer uso de um normativismo unicista, pelo que os problemas epistemológicos ligados ao processo penal sejam afastados. Para a teoria da prova tem-se grave problema, pois ao que nos parece, alguma razão assiste a Ferrajoli[46] quando afirma que o processo penal deve buscar um nível máximo de cognoscibilidade. Por outro lado, os problemas se agravam com ainda maior vigor quando se trata o fato processual através das lentes do positivismo teleológico. Emprestar e extrair finalidade do conceito de fato processual permite, ao fim e ao cabo, direcionar o processo penal para ocupar um espaço regido, sem regimes de contraste, pela evidência,[47] ou melhor, como um dispositivo que encamparia uma função de veridicidade. Em ambos os casos, problemas não faltam.

Outro argumento, que é sustentado por parte do setor doutrinário, diz respeito à utilização do critério do prejuízo para a defesa. Isto é, a necessidade de aditamento e a proibição do magistrado utilizar-se do art. 383 do CPP estaria circunscrita à prejudicialidade que a decisão traria para o acusado. Sem embar-

44. Idem, ibidem.

45. Idem, p. 101.

46. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit..

47. Sobre a questão da evidência no processo penal indicamos CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cego do direito*: the Brazilian lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da prova e cultura punitiva*: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2014.

go do que se poderia traduzir por prejuízo, tal categoria, como apontamos em outro lugar, é empiricamente indemonstrável. A primeira objeção à utilização de tal tese encontra lugar na circunstância de que a sua estrutura encontra sentido em uma postura pragmática e utilitarista, dando margem imensa para malabarismos decisórios e alquimias semânticas. Em tal postura, não se encontra espaço algum para se garantir a forma ocupada pela imputação, que é justamente o objeto do processo penal. Num segundo momento, a categoria do prejuízo é própria da tradição autoritária que tratou de minimizar a forma processual iluminista, introduzindo vetores intrínsecos a um postulado de aproveitamento máximo dos atos processuais (forma como obstáculo). Por fim, independentemente da existência de contraditório, a realização precária do ato processual somente poderia ser equiparada a um ato que jamais foi realizado plenamente – o ato perfeito, embora inexistente (de fato, compara-se um ato defeituoso existente com outro ato processual que jamais teve existência concreta). Com isso, se o prejuízo lida com duas categorias por si mesmas incomparáveis – tudo sob o jugo de uma distribuição (indevida) de cargas processuais na arguição da nulidade (quem alega o defeito deve prová-lo, diz a máxima de experiência) – o prejuízo é sempre e inevitavelmente não demonstrado.

Em breves linhas, estas são algumas considerações preliminares que desde já demonstram como o art. 383 do CPP não passa de norma meramente vigente (validade formal), carente de validade (validade substancial).

Passamos a estabelecer, portanto, três argumentos sobre a inconstitucionalidade substancial do art. 383 do CPP, ancorados naquelas constatações de natureza teórica anteriormente apresentadas.

• A primeira tese consistiria numa invalidade substancial derivada do caráter político do referido artigo. Como sustenta Di Bitonto,[48] o princípio da correlação entre imputação e sentença integra uma face do princípio dispositivo no processo penal. Não é preciso refletir com muita profundidade para se chegar à conclusão de que se trata de norma que cuida de manter à distância as pulsões inquisitórias, que se perenizam nas democracias contemporâneas. Bastaria a leitura da exposição de motivos do CPP brasileiro para nos darmos conta disso. Entretanto, se mantivermos os olhos no regime inquisitorial, perceberemos nitidamente que esta espécie de salvaguarda ou ajuste da acusação

48. DI BITONTO, Maria Lucia. *Profili dispositivi dell'accertamento penale*. Torino: Giappichelli, 2003, p. 79.

pelo julgador corresponderá ao que Bernd Schunemann detectou como "aglomeração quântica de poder".[49] Esta aglomeração quântica de poder diz respeito às concentrações de situações jurídicas potestativas, no curso do processo, nas mãos de uma parte processual. Aqui será necessário precisar um pouco mais os termos. Evidentemente, a concepção de situação jurídica, que permitiu o florescimento de uma grande quantidade de críticas importantes para a colocação em xeque do arcabouço epistemológico da teoria da relação jurídica, verdadeiro clichê pandectístico, é pensada logicamente para um processo penal de nítido corte liberal. Não por acaso Calamandrei,[50] lhe rendendo as devidas homenagens, chama Goldschmidt de "maestro do liberalismo processual". Todavia, partindo-se do fato de que no Estado de Direito, em nível parasitário se encontram sedimentados processos "transicionais" da lógica autoritária ao cerne das democracias contemporâneas, perceber-se-á claramente que não obstante a existência de determinadas dimensões de garantias na Constituição da República, elas são manifestamente insuficientes para erradicar determinadas potencialidades unidimensionais do fluxo de poder. O que se está aqui a sustentar é que se por um lado, o procedimento inquisitório não pode ser mais concentrado nas mãos de uma pessoa apenas (daí porque algum setor doutrinário insista na estruturação do sistema inquisitório apenas a partir do vetor "separação das atividades de acusar e julgar"). O resultado é o de uma determinada "mitologização" do sistema inquisitivo, que teria desaparecido de nossas democracias (quando todo o oposto sucede, ao menos no Brasil). Seria preciso investir no que seria possível denominar como *estados mórbidos da dialética processual*. As situações jurídicas, que na perspectiva de Goldschmidt servem para explicar a funcionalidade de um sistema acusatório, não funcionam na mesma frequência quando o procedimento processual penal incorpora determinados *pontos de bifurcação* dependentes unicamente de uma das partes. Isto ocorre em inúmeras situações jurídico-processuais como, por exemplo, no que diz respeito à prova ilícita, cuja análise sobre a admissibilidade e a valoração caberá unicamente ao magistrado. Ou ainda, radicalizando o exemplo, uma prova ilicitamente adquirida, determinada de ofício pelo juiz a quem incumbirá a análise sobre a sua admissibilidade e futura valoração. Os exemplos poderiam ser reproduzidos, com o recurso à legislação brasileira, ao infinito. Se analisarmos cautelosamente os desdobramentos do art. 383 do CPP, numa perspectiva dinâmica, fica claro que morfologicamente, a imputação consistirá

49. SCHUNEMANN, Bernd. *La reforma del proceso penal*. Madrid: Dykinson, 2005. p. 30.

50. CALAMANDREI, Piero. Un Maestro di Liberalismo Processuale. *In Rivista di Diritto Processuale*. vol. 6. Padova, 1951. p. 01-08.

num material tão plástico quanto couberem definições jurídicas igualmente voláteis. Em síntese, quanto maior o número de elementos normativos do tipo, mais facilmente aplicável o art. 383 do CPP. E veja-se, novamente, que se mantivermos a noção de que existe uma plena cisão entre questão de fato e questão de direito, os elementos normativos do tipo careceriam de aditamento, até mesmo com a justificativa da autonomia de instâncias, alhures referida. O art. 383 do CPP consiste num dispositivo de flexibilização da imputação. Igualmente, cuida-se de *fattispecie* processual que cria ou estrutura uma situação jurídica potestativa, pois a sorte do acusado dependerá exclusivamente de uma deliberação do magistrado, inclusive na ausência de contraditório. Corresponde, portanto, a um *estado mórbido da dialética processual*, que faz definhar o método processual penal por excelência, a saber, o contraditório.

1) Como segunda tese sobre a invalidade substancial do art. 383 do CPP, um exame sobre a função epistemológica do princípio do contraditório merece ser levada em consideração. Para Cunha Martins, "o processo é um organizador da diferença. Ele organiza a descontinuidade (o contraditório é isso mesmo, uma tentativa de organizar fluxos descontínuos)".[51] Ainda, nas palavras do autor, o processo terá como função evitar a coincidência entre prova e evidência.[52] Naturalmente, como apontado anteriormente, as situações jurídicas potestativas desempenham um freio ou uma espécie de redução de eficácia do contraditório. Trata-se de um estado *mórbido da dialética processual*. Mas perceba-se que a função do contraditório não se esgota ou exaure naquela de servir como uma garantia programática de dialeticidade processual, muito embora seja dela uma condição *sine qua non*. O contraditório possui uma dimensão epistemológica que é não apenas a de constranger a evidência e desunificar prova e evidência. Mas também, como mecanismo de redução das situações jurídicas potestativas. Eis sua primordial função. O exercício do contraditório tem como função contrair a unilateralidade decorrente da potestatividade de determinados atos processuais, igualmente investido da tarefa de modelação da imputação. Eis porque é desejável um procedimento em contraditório prévio ao recebimento da acusação, como ocorre no processo penal italiano. Igualmente, um contraditório prévio à acusação também teria como

51. CUNHA MARTINS, Rui. *A hora dos cadáveres adiados*: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013, p. 99.

52. Idem, ibidem.

corolário basilar evitar os excessos de acusação que servem como escolho para constranger o juiz a uma desclassificação (desclassificação esta que seria equivalente à condenação pela acusação sem excessos).[53] Dessa prática, por exemplo, os acordos no sistema norte-americano demonstram claramente o problema da inexistência do contraditório antecedente. No Brasil, Prado[54] demonstrou à saciedade os perigos da adoção do modelo "consensual" de justiça penal. Para além, não se pode olvidar que certamente um ponto de estrangulamento das demais garantias processuais penais é a investigação preliminar. Portanto, estabelecer uma função epistemológica de evitação de situações jurídicas potestativas (e com isso a aglomeração quântica de poder) constitui-se igualmente, numa tarefa a ser cumprida pelo contraditório. Dito isso, o art. 383 do CPP, a exemplo do que fora dito no ponto anterior, implica a criação anômala de uma situação jurídica potestativa, como ainda arregimenta uma estética de criptoimputações, expressão utilizada por Foschini.[55] Uma criptoimputação é, como etimologicamente não poderia ser diferente, uma imputação escondida, uma imputação velada, consabido que se trata de uma estratégia inquisitorial. Mas é pouco denunciar sua lógica. Torna-se necessário limitá-la: "cuando el órgano judicial ejerce los poderes que le confiere el principio *iuris novit curia* y altera la calificación jurídica realizada por las partes o acusación y/o las normas consideradas aplicables por aquéllas, el principio de contradicción se convierte en un límite para el juez".[56] A invalidade substancial do art. 383 do CPP exerce inegável barreira às criptoimputações, em que pese não ter o condão de erradicá-las.

2) Finalmente, como terceira tese sobre a invalidade substancial do art. 383 do CPP, há que se retomar uma discussão sobre a natureza das normas processuais e a diferenciação entre estas e as normas de direito material. Em específico, o comportamento do princípio da presunção de inocência frente às decisões judiciais. A cisão entre

53. No Brasil, não causa espanto denúncias que cuidam de imputar ao acusado tipificação com a maior quantidade de pena em abstrato possível, criando-se argumentos *ex nihilo* para sobrecarregar o imputado com qualificadoras, majorantes e causas de aumento inexplicavelmente articuladas.

54. PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

55. FOSCHINI, Gaetano. Op. cit.

56. ESQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. Op cit., p. 360.

questão de fato e questão de direito ou ainda, a absorção do fato objetivado por limites de sentido exclusivamente jurídicos permite, como já dito, que determinadas estruturas da tipicidade possam ser modificadas, pelo magistrado, sem o recurso ao aditamento à denúncia. Na mesma lógica ingressam, por exemplo, os critérios de imputação ao tipo objetivo. O nexo causal, como matéria probatória, necessita de aditamento quando novos fatos são descobertos. Por certo, na toada do art. 383 do CPP, os critérios de imputação ao tipo penal, porquanto manifestamente normativos, dispensariam o ajuste da acusação. Desta forma, a ausência de contraditório sobre matéria de direito seria consequência comumente adotada pelos tribunais pátrios, a partir da equívoca aplicação do *iura novit curia*. Veja-se que os critérios de imputação ao tipo objetivo constituem elementos de atribuição de resultado, que se somam àqueles do nexo causal. Inegável que a alteração destes critérios de imputação viola o direito ao contraditório que, como a decisão do caso Drassich demonstra, exige prévio conhecimento da acusação por parte do imputado. Diferentemente não poderia deixar de suceder com a "desclassificação" para a forma tentada. Comportaria a imputação pelo delito consumado uma integração da modalidade tentada? Todo o tipo penal consumado traria como elemento parasitário a forma tentada? Eis um problema que não tem sido suficientemente abordado pela doutrina processual penal. Mas, para além disso, a desclassificação para uma forma culposa estaria presente no tipo doloso? Somente uma análise sobre o cúmulo de imputações poderia dar conta desta temática em sua plenitude. Entretanto, questionamos seriamente esta problemática, especialmente pelo fato de que ela apenas pode ser sustentada a partir de uma concepção de que a aplicação do art. 383 do CPP sempre seria possível, quando não cause prejuízo ao acusado (exatamente nos termos da desclassificação da forma dolosa para culposa). Ao que nos parece, viola frontalmente o princípio do contraditório e substancialmente, do devido processo penal quando o delito é desclassificado pelo magistrado, mesmo que a defesa postule a referida medida. A desclassificação declarada pelo magistrado, com a aplicação da pena respectiva corresponde a uma sanção sem acusação, uma vez que os elementos do delito culposo são sempre inevitavelmente normativos e atributivos de consequências jurídicas diversas. É surreal crer que alguém possa ser indistintamente acusado por ter intencionalmente lesionado outrem ou negligentemente, tenha produzido o mesmo resultado. São acusações diversas,

com cenários probatórios desiguais, com defesas, teses etc. O mesmo vale para o erro de tipo inescusável. Ao que nos parece, aqui, por força do princípio da presunção de inocência, derivado do *in dubio pro libertate*, a solução esteja na absolvição pelo fato imputado. Teoricamente, o remédio fisiológico para a resolução do problema do art. 383 do CPP, nos dizeres de CAPONE[57] é a absolvição. E isto pelo fato de que as normas de direito processual não possuem uma valência menor do que aquelas referentes ao chamado "direito material".[58] Uma acusação malfeita ou em excesso somente pode gerar uma absolvição.

Apresentadas em breves linhas as "teses" sobre a invalidade substancial do art. 383 do CPP, resta, ao fim, esperar que a doutrina processual penal debata seriamente este tema, de inegável impacto na prática forense, inclusive na Operação Lava Jato, cujas delimitações se encontram bem longe de estar no fim.

## 7. REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da prova e cultura punitiva*: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2014.

ARAGONESES, Pedro. *Sentencias congruentes*: pretensión, oposición, fallo. Madrid: Aguillar, 1957.

ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho procesal penal*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. *Correlação entre acusação e sentença*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

CALAMANDREI, Piero. Un maestro di liberalismo processuale. *Rivista di Diritto Processuale*. vol. vi. Padova. p. 01-08. 1951.

CAMPOS, Francisco. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal* (Dec. Lei 3.689, de 03.10.1941). Item XII.

CAPONE, Arturo. *Iura novit curia*: studio sulla riqualificazione giuridica del fato nel processo penale. Padova: Cedam, 2010.

CASTANHEIRA NEVES, Alfredo. *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. vol. 1.

57. CAPONE, Arturo. Op. cit., p. 138.

58. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. cit.

_____. *Metodologia jurídica*: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. Buenos Aires/Montevideo: B de F, 2005.

CUNHA MARTINS, Rui. *A hora dos cadáveres adiados*: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *O ponto cego do direito*: the Brazilian lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DI BITONTO, Maria Lucia. *Profili dispositivi dell'accertamento penale*. Torino: Giappichelli, 2003.

ESQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoria del garantismo penal. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

FLORIAN, Eugenio. *Principi di diritto processuale penale*. Torino: Giappichelli, 1932.

FOSCHINI, Gaetano. *Tornare Alla Giurisdizione*: saggi critici. Milano: Giuffrè, 1971.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*: introdução principiológica à teoria do ato processual penal irregular. 2. ed. Salvador: Jus-Podvm, 2015.

GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia. *Correlación entre acusación y sentencia penal*. Tesis de Doctorado. San Cristóbal de la Laguna, 2001.

GUASP DELGADO, Jaime; ARAGONESES, Pedro. Derecho procesal civil. 6. ed. Madrid: Civitas, 2003. t. I.

JARDIM, Afrânio da Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUCHINI, Luigi. *Elementi di procedura penale*. 4. ed. Firenze: Barbèra, 1920.

LUHMANN, Niklas. *Social systems*. Stanford: Stanford University Press, 1995.

MALAN, Diogo. *A sentença incongruente no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SCHUNEMANN, Bernd. *La reforma del proceso penal*. Madrid: Dykinson, 2005.

SENTÍS MELENDO, Santiago. *El juez y el derecho (iura novit curia)*. Buenos Aires: EJEA, 1957.

STRECK, Lênio L. *O que é isto? Decido conforme minha consciência*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TWINING, William. *Rethinking evidence*: exploratory essays. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2006.

UBERTIS, Giulio. *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*. Milano: Giuffrè, 1979.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- Breves considerações sobre a "*emendatio libelli*" e a "*mutatio libelli*", de Sérgio Seiji Shimura – *RePro* 59/236-241 – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 5/345-353 (DTR\1990\116);
- *Emendatio libelli* e sentido comum teórico dos juristas, de Thadeu Augimeri de Goes Lima – *RBCCrim* 108/387-415 (DTR\2014\9539); e
- Notas sobre a *emendatio libelli* e a *mutatio libelli* após a reforma do Código de Processo Penal pela Lei 11.719/2008, de Ilana Flávia Barbosa Vilar de Abreu e Rogério Roberto Gonçalves de Abreu – *RT* 893/425-436 (DTR\2010\135).

85937

# A ESPETACULARIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL

## *THE SPECTACULARIZATION OF THE CRIMINAL PROCEDURE*

**RUBENS R. R. CASARA**

Doutor em Direito. Mestre em Ciências Penais. Coordenador de Processo Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Juiz de Direito do TJRJ. Membro da Associação Juízes para a Democracia (AJD) e do Corpo Freudiano.
casara@uol.com.br

**RESUMO:** A Sociedade do Espetáculo, tal como descrita na abordagem de Guy Debord, estendeu-se a todos os setores da vida social. O processo penal que deveria controlar o poder penal sofreu uma mutação. Os julgamentos penais foram transformados em entretenimento para servir à lógica do espetáculo, ela mesma baseada no primado da audiência contra a justiça. Casos penais foram transformados em mercadoria. Na lógica de mocinhos e bandidos, heróis e vilões são eleitos para atender a interesses momentâneos de um enredo em que a lei importa pouco, diante da sustentação da lógica maniqueísta e binária que impede a reflexão crítica. O juiz-diretor controla os atores-espectadores num jogo populista. Ressignificar o processo penal se torna urgente para garantir direitos fundamentais ameaçados neste momento.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sociedade do Espetáculo – Processo Penal do Espetáculo – Meios de Comunicação – Processo Penal – Direitos e Garantias Fundamentais – Juiz.

**ABSTRACT:** The Society of the Spectacle, a concept developed by Guy Debord, has been extended to all walks of social life. The criminal procedure, which should control the criminal power has changed. Criminal trials became entertainment to serve the logics of the spectacle, which is based on the primacy of the audience against the justice. Criminal cases became a commodity. Following the logic of the "good guys versus the bad guys", heroes and villains are chosen to serve the momentary interest of a plot in which law does not matter. What matters is to maintain the binary logic which hinders the critical reflection. The judge/director controls the spectators/actors in a populist game. It is necessary to reframe the criminal procedure to guarantee the fundamental rights that are being threatened at this moment.

**KEYWORDS:** Society of the Spectacle – Spectacle Criminal Procedure – The Media – Criminal Procedure – Rights and Fundamental Guarantees – Judge.

SUMÁRIO: 1. Abrem-se as cortinas – 2. A estetização do processo penal: da garantia ao entretenimento – 3. O programa do espetáculo e os atores no jogo de cena processual – 4. Fim – Bibliografia.

CASARA, Rubens R. R. A espetacularização do processo penal.
*Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 122, p. 309-318, ago. 2016.

## 1. ABREM-SE AS CORTINAS

A concepção liberal do processo penal como um instrumento de limitação do arbítrio e contenção do poder estatal, como um conjunto ordenado e coerente voltado à racionalização do exercício do poder penal, encontra-se em crise. Correlato ao crescimento do pensamento autoritário, que muitos identificam com o "vazio do pensamento,"[1] a ausência de reflexão que está na base da produção banalizada de violências físicas, simbólicas e estruturais, deu-se o fenômeno de relativização das formas processuais, dos direitos e das garantias fundamentais. Em outras palavras: as formas e categorias processuais penais, os direitos e garantias individuais, passaram a ser percebidas como obstáculos transponíveis à eficiência repressiva do Estado ou do mercado.

Em um movimento de mutação simbólica, o valor do processo penal como limite ao poder em nome dos direitos individuais está a desaparecer. Os institutos e formas processuais penais passam a ser tratados como uma espécie de mercadoria, portanto, negociáveis e disponíveis. Ao mesmo tempo, o sistema de justiça criminal, sempre seletivo, tornou-se cada vez mais objeto de atenção dos meios de comunicação de massa que, com objetivos políticos, não é de hoje, manipulam as sensações de medo, insegurança e impunidade na sociedade. Também a indústria do entretenimento passou a vislumbrar, em certos casos penais, espetáculos rentáveis nos quais entram em cena o fascínio pelo crime afirmado na denúncia ou queixa (em um jogo de repulsa e identificação), a fé nas penas (apresentada como remédio para os mais variados problemas sociais) e um certo sadismo (na medida em que aplicar uma "pena" é, em apertada síntese, impor um sofrimento).

O sistema de justiça criminal, com seus atores, mitos e rituais, foi percebido como um *locus* privilegiado à espetacularização. Do "conjunto das articulações estatais, a judicial é, seguramente, a que incorpora, no *mise en scène* e no marco de suas atuações, o maior número de expressões simbólicas e alegóricas",[2] que remetem a "conteúdos não representados ou descritos senão aludidos pondo em jogo ideias gerais, sentimentos, recordações, tristezas, esperanças etc.",[3]

1. ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalem*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
2. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Tercero en Discordia: jurisdicción y juez del Estado Constitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2015, p. 381.
3. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Simboli al potere: politica, fiducia, esperanza*. Turin: Einaudi, 2012, p. 17.

tudo a fim de sugerir, apenas sugerir, uma adequação do sistema de justiça com o ideal de justiça.

## 2. A ESTETIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL: DA GARANTIA AO ENTRETENIMENTO

A partir da constatação das atuais condições de produção, Guy Debord percebeu que toda a vida das sociedades "se apresenta como uma imensa acumulação de espetáculos. Tudo o que era vivido diretamente tornou-se uma representação".[4-5] Hoje, ser-no-mundo é atuar, representar um papel como condição para ser percebido. Busca-se, com isso, fugir da sensação de invisibilidade e insignificância, uma vez que ser é ser percebido.[6]

Sabe-se que o espetáculo é uma construção social, uma relação intersubjetiva mediada por sensações, em especial produzidas por imagens e, por vezes, vinculadas a um enredo. O espetáculo tornou-se também um regulador das expectativas sociais, na medida em que as imagens produzidas e o enredo desenvolvido passam a condicionar as relações humanas: as pessoas, que são os consumidores do espetáculo, exercem a dupla função de atuar e assistir, influenciam no desenvolvimento e são influenciadas pelo espetáculo.

Em meio aos vários espetáculos que se acumulam na atual quadra histórica, estão em cartaz os "julgamentos penais", um objeto privilegiado de entretenimento. O processo penal, que em dado momento histórico chegou a ser pensado como um instrumento de racionalização do poder penal, para atender à finalidade de entreter, sofre profunda transformação. No "processo penal do espetáculo", os valores típicos da jurisdição penal de viés liberal ("verdade" e "liberdade") são abandonados e substituídos por um enredo que aposta na prisão e no sofrimento imposto a investigados e réus como forma de manter a atenção e agradar ao público, isso faz com que a atividade processual cada vez mais limite-se a confirmar a hipótese acusatória, que faz as vezes do roteiro do espetáculo.

No processo penal voltado para o espetáculo não há espaço para garantir direitos fundamentais. O espetáculo, como percebeu Debord, "não deseja chegar a nada que não seja ele mesmo".[7] A dimensão de garantia, inerente ao processo penal no Estado Democrático de Direito (marcado por limites ao exercício do

4. Sobre o tema: ARENDT, Hannah. Op. cit.
5. DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 13.
6. TÜRCKE, Christoph. *Sociedade excitada*. Campinas: Editora Unicamp, 2010.
7. DEBORD, Guy. Op. cit., p. 17.

poder), desaparece para ceder lugar à dimensão de entretenimento. Assim, ocorre o abandono da figura do jurista, entendido como o ator jurídico que dispõe de um saber específico, construído a partir do estudo das leis, da doutrina e da jurisprudência (no caso dos juristas críticos, um saber transdisciplinar, que envolve noções de filosofia, psicanálise, economia etc.), em nome da perspectiva do espectador, aquele que busca um prazer (sádico ou não) despreocupado, sem atenção a limites ao exercício do poder penal ou à finalidade das formas processuais.

Correlato ao declínio dos valores "liberdade" e "verdade" avança o campo da aparência. Esse movimento de estetização do sistema de justiça acarreta muito mais do que a troca da perspectiva a respeito do processo penal, com a substituição do jurista pelo espectador que é, ao mesmo tempo, ator (do juiz, que é ao mesmo tempo diretor e espectador, do acusador, que funciona como roteirista sem deixar de ser também um espectador etc.), uma profunda modificação do estatuto do processo penal e da atuação dos atores jurídicos. O direito é invadido pela cultura, que já estava colonizada pela economia e pelos interesses dos detentores do poder da "indústria cultural", para utilizar a expressão criada por Adorno e Horkheimer. O direito, então, passa a estar subordinado à lógica da hipercultura midiática-mercantil (não mais uma sociedade influenciada apenas pela televisão, mas agora também por um número crescente de meios de comunicação, de centros multimídias, de redes, de canais, de plataformas, ainda que, no caso brasileiro, nas mãos de poucas famílias ou grupos), da teatralização, do *show business*, que tem como característica principal "implantar-se sob o signo hiperbólico da sedução, do espetáculo, da diversão da massa",[8] mas que mistura as esferas do controle social, da economia, da cultura, das artes, da moda, tudo a esconder interesses de grupos bem definidos.

A estetização do processo penal faz com que a hipótese descrita pelo órgão acusador na denúncia ou queixa, que funciona como o roteiro do espetáculo, e assumida pelo juiz como verdade, remodele a realidade (que, distante do real, que não pode ser reproduzido, não passa de uma trama simbólico-imaginária), que se encontra espetacularizada e reduzida a uma versão da luta do bem contra o mal, numa ficção que o juiz se esforçara para apresentar como uma realidade (uma representação que independe de provas concretas, como a AP 470, caso emblemático desse movimento de espetacularização do processo penal ao

8. LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. *Estetização do mundo. Viver na era do capitalismo artista*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 263.

lado das ações penais oriundas da Operação Lava-Jato, deixou claro). Assim, arte, preconceitos do público, marketing, lazer, perversões, tudo se mistura na criação e desenvolvimento do caso penal: a lógica espetacular passa a definir como o processo é conduzido. Se a audiência do espetáculo cai, e como ela o apoio popular construído em torno do caso penal, sempre é possível recorrer a uma prisão espetacular, uma condução coercitiva ainda que desnecessária ou, se for o caso de criar comoção, um "vazamento", ainda que ilegal, de conversas telefônicas em nome do "interesse público", em nome do interesse do respeitável público.

O distanciamento do valor "verdade", que nunca era seguramente alcançado através da reconstrução histórica que se dava no procedimento penal, mas que servia de norte de atuação desde que respeitados os limites éticos à busca da verdade, desapareceu, e com a preocupação com a verdade desapareceram esses mesmos limites éticos. O universo do espetáculo é o da ilusão, da aparência de acontecimento capaz de gerar sensações extraordinárias e hiperbólicas.

No processo espetacular desaparece o diálogo, a construção dialética da solução do caso penal a partir da atividade das partes, substituído pelo discurso dirigido pelo juiz: um discurso construído para agradar ao grande público, às maiorias de ocasião forjadas pelos meios de comunicação de massa, isso em detrimento da função contramajoritária de concretizar os direitos fundamentais.

O Poder Judiciário, para concretizar direitos fundamentais, deveria julgar contra a vontade das maiorias de ocasião, sempre que isso for necessário para assegurar direitos e garantias fundamentais. No processo penal do espetáculo, os direitos e garantias fundamentais são tratados como elementos cênicos dispensáveis, peças que podem fazer parte de um museu, ou seja, "a dimensão separada à qual se transfere o que em um tempo era sentido como verdadeiro e decisivo, e agora já não é".[9]

Os atores jurídicos, muitas vezes irmanados (não causa surpresa, portanto, a confusão no imaginário popular entre as funções do Poder Judiciário e do Ministério Público), passam a atuar orientados para fazer audiência, animados por estratégias para angariar simpatias ou produzir rejeições, muitas vezes explorando tradições autoritárias ou preconceitos do público para o qual o espetáculo é produzido. Nesse quadro, os meios de comunicação de massa fazem dos indivíduos, tanto os meros espectadores quanto os atores jurídicos, seres despossuídos e manipulados, pessoas instrumentalizadas para o espetáculo.

9. AGAMBEN, Giorgio. *L'uomo senza contenuto*. Macerta: Quodlibet,1994, p. 96.

Ao desaparecer a sujeição do juiz à Constituição, o juiz penal muda de papel: deixa de ser o garantidor dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição da República a todos e a cada um, independentemente da vontade da maioria, para se tornar o diretor preocupado com o desenvolvimento do espetáculo, com a audiência. Assim, perde-se um dos principais fundamentos à legitimidade do Poder Judiciário e da função jurisdicional, bem como fragiliza-se a independência do Poder Judiciário em relação ao Legislativo e ao Executivo, poderes da maioria, bem como, e principalmente, em relação à mídia. O espetáculo, entendido como mercadoria produzida para agradar ao maior número possível de pessoas, é o *locus* adequado à onipotência das maiorias e ao sacrifício de direitos e garantias fundamentais de uns em nome do prazer de outros.

O ator jurídico que cede ao espetáculo costuma justificar o afastamento dos direitos e garantias fundamentais como um movimento "democrático", uma atuação que vai ao encontro da vontade popular ou da opinião pública. Não há mais, pelo menos desde as experiências catastróficas do fascismo clássico e do nazismo, como identificar "democracia" com a adesão à vontade da maioria. Uma coisa é submeter-se à crítica da opinião pública, outra é sonegar, para agradar parcela da sociedade (ainda que majoritária), direitos fundamentais estabelecidos para todos e para cada um, direitos que "são os fundamentos constitucionais da democracia".[10]

Ademais, não se pode ignorar o processo, nada democrático, de formação da opinião pública (que envolve desinformação, manipulação de verdades, deformação da realidade social, recurso ao medo como fator de coesão social, dentre outras formas de criar "consensos"), em especial o papel dos meios de comunicação, que também repercute nos rumos do processo penal voltado para o espetáculo. A opinião pública, aquilo que se afirma em um auditório, apenas sugere que uma determinada crença ou atitude seja difundida ou partilhada pela maioria, isso porque muitos não expõem seus pontos de vista no auditório por temerem o confronto ou sanções formais (censura) e informais (reprovação, condenação moral, ofensas etc.). Essa opinião "pública", sempre seletiva e muitas vezes construída por meios coercitivos, se identifica com a opinião publicada pelos meios de comunicação de massa, opinião que passa a regular o desenvolvimento do caso penal espetacularizado.

10. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia. Vol. 2 Teoria de la democracia.* Trad. Perfecto Ibáñez, Carlos Byón, Marina Gascón, Luis Sanchís e Alfonso Miguel. Madrid: Edtorial Trotta, 2011, p. 27.

## 3. O PROGRAMA DO ESPETÁCULO E OS ATORES NO JOGO DE CENA PROCESSUAL

Para utilizar a terminologia proposta por Flusser,[11] pode-se identificar o Sistema de Justiça Criminal como um "aparelho" destinado a fazer funcionar o "programa" do espetáculo. Programa, vale dizer, adequado à tradição em que está inserido o ator-espectador: no caso brasileiro, um programa autoritário feito para pessoas que se acostumaram com o autoritarismo, que acreditam na força, em detrimento do conhecimento, para solucionar os mais diversos e complexos problemas sociais e que percebem os direitos fundamentais como obstáculos à eficiência do Estado e do mercado. No processo penal do espetáculo, o desejo de democracia é substituído pelo "desejo de audiência".[12]

O enredo do "julgamento penal" é uma falsificação da realidade, uma representação social distante da complexidade do fato posto à apreciação do Poder Judiciário. Em apertada síntese, o fato é descontextualizado, redefinido, adquire tons sensacionalistas e passa a ser apresentado, em uma perspectiva maniqueísta, como uma luta entre o bem e o mal, entre os mocinhos e os bandidos. O caso penal passa a ser tratado como uma mercadoria que deve ser atrativa para ser consumida. A consequência mais gritante desse fenômeno passa a ser a vulnerabilidade a que fica sujeito o vilão escolhido para o espetáculo.

Para seguir o programa e atender ao enredo, construído e dirigido a partir do "desejo de audiência", a lei pode ser afastada. O espetáculo aposta na exceção: o respeito à legalidade estrita revela-se enfadonho e contraproducente; os direitos e garantias fundamentais podem ser afastados. As formas processuais deixam de ser garantias dos indivíduos contra a opressão do Estado, uma vez que não devem existir limites à ação dos mocinhos contra os bandidos (a forma passa a ser um detalhe que pode ser afastada de acordo com a vontade do "diretor"). Com a desculpa de punir os "bandidos" que violaram a lei, os "mocinhos" também violam a lei, o que faz com que percam a superioridade ética que deveria distinguir os atos estatais. Porém, o enredo que pauta o processo e é consumido pela sociedade, com o auxílio dos meios de comunicação de massa, não permite reflexões éticas ou miradas críticas. Tudo é simplório, acrítico e condicionado por uma tradição autoritária (o importante é a sedução exercida pelo poder penal e o reforço da ideologia dominante). Nesse quadro, delações premiadas (que, no fundo, não passam de acordos entre "mocinhos" e

11. FLUSSER, Vilém. *Pós-história*: vinte instantâneos e um modo de usar. São Paulo: Duas Cidades, 1983.

12. TIBURI, Marcia. *Olho de vidro*: a televisão e o estado de exceção da imagem. São Paulo: Record, 2011, p. 18.

"bandidos", em que um criminoso é purificado – sem qualquer reflexão crítica – e premiado com o aval do Estado), violações da cadeia de custódia (com a aceitação de provas obtidas de forma ilegítima, sem os cuidados exigidos pelo devido processo legal) e prisões desnecessárias (por vezes, utilizadas para obter confissões e outras declarações ao gosto do diretor) tornam-se aceitáveis na lógica do espetáculo, sempre em nome da luta do bem contra o mal.

Note-se que a linguagem do espetáculo é constituída por sintomas da tradição (no caso brasileiro, como já se disse, uma tradição marcadamente autoritária) e dos meios de produção dominantes. O julgamento-espetáculo, portanto, visa agradar ao espectador-ator social que assiste/atua condicionado por essa tradição autoritária (não, por acaso, atores sociais autoritários são frequentemente elevados à condição de "heróis" e/ou "salvadores da pátria"). Nessa toada, os direitos e garantias fundamentais passam a ser percebidos como obstáculos que devem ser afastados em nome dos desejos de punição e da eficiência do mercado. Em outras palavras, no processo penal do espetáculo, os fins justificam os meios (não causa surpresa, portanto, os ataques de parcela da magistratura ao princípio da presunção de inocência, apontado como uma das causas da impunidade).

No julgamento-espetáculo, todos querem exercer bons papéis na trama. Ninguém ousa atuar contra os desejos da audiência, sempre manipuláveis, seja por um juiz-diretor talentoso, seja pelos grupos econômicos que detém os meios de comunicação de massa. Paradoxalmente, os atores jurídicos mais covardes, aqueles que têm medo de decidir contra a opinião pública(da), os que para atender ao "desejo de audiência" violam a lei e sonegam direitos fundamentais, são elevados à condição de heróis.

Como nas novelas televisivas, por vezes, o enredo precisa ser alterado, protagonistas perdem espaço (uma "testemunha chave" torna-se dispensável, por exemplo) e personagens periféricos ganham destaque, tudo de acordo com a intuição do diretor, a repercussão conferida pelos meios de comunicação ou os números dos institutos que pesquisam a opinião do auditório. Mas, não é só.

Se no processo penal democrático, a preocupação é com a reconstrução eticamente possível do fato atribuído ao réu, no processo penal do espetáculo o que ocorre é o primado do enredo sobre o fato. Retorna-se, com a desculpa de atender ao desejo da opinião pública, à velha estratégia inquisitorial de investir com a hipótese acusatória contra o réu, transformando-o em mero objeto de um enredo para o qual não foi chamado a contribuir.

O enredo, a trama que envolve os personagens do julgamento-espetáculo, é conhecido antes de qualquer atividade das partes e o processo caminha até o final desejado pelo juiz-diretor. O primado do enredo inviabiliza a defesa e o contraditório, que no processo penal do espetáculo não passam de uma farsa,

um simulacro. Em nome do "desejo de audiência", as consequências sociais e econômicas das decisões são desconsideradas (para agradar à audiência, informações sigilosas vazam à imprensa, imagens são destruídas e fatos são distorcidos), tragédias acabam transformadas em catástrofes: no processo penal do espetáculo, as consequências danosas à sociedade produzidas pelo processo, não raro, são piores do que as do fato reprovável que se quer punir.

## 4. FIM

Diante desse quadro, impõe-se ressignificar o processo penal como um instrumento de garantia contra a opressão e, portanto, como um instrumento contramajoritário, necessário à concretização dos direitos fundamentais. Resgatar a dimensão de garantia do processo penal, por sua vez, passa por reconhecer a necessidade de modificar a pré-compreensão dos atores jurídicos, afastando-os da tentação populista, isso com a construção de uma cultura democrática.

## BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, Giorgio. *L'uomo senza contenuto*. Macerta: Quodlibet,1994.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalem*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 13.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Tercero en Discordia: jurisdicción y juez del Estado Constitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia. Vol. 2 Teoria de la democracia*. Trad. Perfecto Ibáñez, Carlos Byón, Marina Gascón, Luis Sanchís e Alfonso Miguel. Madrid: Edtorial Trotta, 2011.

FLUSSER, Vilém. *Pós-história*: vinte instantâneos e um modo de usar. São Paulo: Duas Cidades, 1983.

LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. *Estetização do mundo. Viver na era do capitalismo artista*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

TIBURI, Marcia. *Olho de vidro*: a televisão e o estado de exceção da imagem. São Paulo: Record, 2011.

TÜRCKE, Christoph. *Sociedade excitada*. Campinas: Editora Unicamp, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Simboli al potere*: politica, fiducia, esperanza. Turin: Einaudi, 2012.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- Criminologia cultural e mídia: um estudo da influência dos meios de comunicação na questão criminal em tempos de crise, de Carlo Velho Masi e Renan da Silva Moreira – *RBCCrim* 108/437-460 (DTR\2014\9541);
- Direitos fundamentais para quem? Mídia, direito penal e criminalização da pobreza, de Raphael Boldt e Aloísio Krohling – *RT* 893/385-406 (DTR\2010\140); e
- Mídia, violência e sistema penal, de Luís Francisco Carvalho Filho – *RBCCrim* 42/225-235 (DTR\2013\7505).

85938

# Dosimetria da pena: diretrizes e limites constitucionais (Análise de caso – parecer: "Operação Lava Jato")

## *Guidelines for Sentencing and Constitutional Limits (A case study analysis of the "Lava Jato" investigation in Brazil)*

**Salo de Carvalho**

Pós-Doutor em Direito Penal (Universidade de Bolonha). Doutor (UFPR) e Mestre (UFSC) em Direito.
Professor-Adjunto de Direito Penal da Faculdade Nacional de Direito (UFRJ).
Autor, dentre outros, de "Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro"
(2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015).

**Área do Direito:** Penal; Processual

**Resumo:** O estudo apresenta as diretrizes e os limites constitucionais para a aplicação da pena (pena-base, provisória e definitiva) no direito penal brasileiro a partir do exame de decisão proferida em processo derivado da Operação Lava Jato (abordagem metodológica: análise de caso). O trabalho objetiva demonstrar os níveis de discricionariedade e de arbitrariedade judicial na determinação das sanções no direito penal nacional e as ferramentas constitucionais e dogmáticas de tutela dos princípios da proporcionalidade e da proibição da dupla incriminação (ne bis in idem).

**Palavras-chave:** Pena – Aplicação da Pena – "Operação Lava Jato".

**Abstract:** This paper presents the guidelines and constitutional boundaries for sentencing – in the case of Brazilian criminal law, and is based on the analysis of the decisions that resulted from the investigations of "Lava Jato Operation" (the methodological approach chosen was a case analysis). This paper aims to show the levels of legal discretion and arbitrariness in determining criminal sanctions in Brazilian criminal law and the constitutional and legal tools used to protect the principles of proportionality and the prohibition against double jeopardy (ne bis in idem).

**Keywords:** Punishment – Sentencing – "Lava Jato Operation".

Sumário: Introdução: consulta (quesitos) – 1. Os limites constitucionais e as condições de validade das circunstâncias judiciais na aplicação da pena – 2. Circunstâncias judiciais: critérios de validade constitucional: análise da sentença condenatória de André Vargas – 2.1. Culpabilidade: análise do conteúdo constitucionalmente válido nos crimes de corrupção passiva e lavagem. Caso concreto: violação do princípio *ne bis in idem* – 2.2. Persona-

lidade: análise do conteúdo constitucionalmente válido nos crimes de corrupção passiva e lavagem. caso concreto: imunidade parlamentar (art. 53, *caput*, Constituição): antijuridicidade material (criminalização da liberdade de expressão) – 2.3. Circunstâncias e consequências do crime: caso concreto: confusão sobre o conteúdo das circunstâncias judiciais. Circunstâncias em sentido estrito: elementares dos tipos de corrupção e lavagem. *bis in idem*. Consequências no crime: corrupção (ausência de dano) lavagem (resultado do crime antecedente) – 2.4. Dosimetria da pena-base e da pena de multa. Caso concreto: excesso da pena privativa de liberdade nos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Pena de multa: ausência de fundamentação e desproporcionalidade – 2.5. Atenuante: prisão provisória. Aplicação do art. 66 do Código Penal. Orientação do julgamento da medida cautelar na ADPF 370 – 2.6. Crime continuado: desproporcionalidade na quantidade de aumento nos crimes de corrupção e lavagem. Quantidade de delitos de lavagem: dependência e vínculo com o crime antecedente. Excesso – 2.7. Sentença: exigência da reparação do dano para progressão de regime: requisitos legais. Competência do juizado de execução. Execução penal: cláusula *rebus sic stantibus* – 3. Respostas aos quesitos – Referências bibliográficas.

## INTRODUÇÃO: CONSULTA (QUESITOS)

Os eminentes advogados Nicole Trauczynski, Rafael Guedes de Castro e Caio Marcelo Cordeiro Antonietto formulam consulta sobre o tema da *aplicação da pena* na condenação imposta a André Luiz Vargas Ilário, seu constituinte, no processo-crime 5023121-47.2015.4.04.70000, que tramitou na 13ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Paraná, desdobramento da Operação Lava Jato.

André Luiz Vargas Ilário, doravante André Vargas, foi denunciado, dentre outros, como incurso nos tipos penais do art. 2.º, da Lei 12.860/2013, do art. 317 do Código Penal e do art. 1.º da Lei 9.613/1998. A sentença julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva, absolvendo todos os réus do crime de pertinência à organização criminosa e condenando

> André Luiz Vargas Ilário pelo crime de corrupção passiva, por tre s vezes (Contratos 4138/08, 314/2010 e 1027/2013), pelo recebimento de vantagem indevida paga por Ricardo Hoffmann, da Agência Borghi Lowe, em razão de seu cargo como Deputado Federal (art. 317 do CP)" (fls. 49, sentença), bem como "André Luiz Vargas Ilário, Leon Denis Vargas Ilário e Ricardo Hoffmann por sessenta e quatro crimes de lavagem de dinheiro do art. 1.º, *caput*, V, da Lei 9613/1998, consistentes nos repasses, com ocultação e dissimulação de recursos criminosos provenientes dos contratos de publicidade firmados com a Caixa Econômica Federal e o Ministério da Saúde por intermédio de operações simuladas com as empresas de fachada Limiar e LSI, entre 23/06/2010 a 02/04/2014 (fls. 49-50, sentença).

Os consulentes anexam à consulta cópia dos autos do referido processo e informações e documentos relativos às condições da prisão provisória de André Vargas.

A consulta é relativa (a) aos critérios qualitativos de valoração das circunstâncias de aplicação da pena (circunstâncias judiciais, circunstâncias atenuantes e causas de aumento de pena), (b) ao cálculo (dosimetria) das penas privativa de liberdade e de multa; e (c) à determinação, pelo juiz do processo de conhecimento, de condições para progressão de regime de cumprimento de pena na fase de execução penal.

Relatada brevemente a consulta e o tema, os consulentes apresentam as seguintes questões:

*Questões relativas à pena-base:*

1. Quais os limites constitucionais e as consequentes condições de validade das circunstâncias judiciais, sobretudo culpabilidade, personalidade do réu, circunstâncias (em sentido estrito) e consequências do crime?

2. A partir dos parâmetros traçados, no processo em análise, seria válida a sentença proferida contra o acusado André Vargas, no tópico relativo à aplicação da pena? Se negativa a resposta, quais as nulidades presentes na decisão?

3. Neste sentido, conforme as diretrizes constitucionais de determinação da pena, a dosimetria (quantidade) da pena-base respeita o princípio da proporcionalidade?

*Questões relativas à pena provisória e à pena definitiva:*

1. A partir da análise dos elementos disponibilizados nos autos, é possível verificar a incidência de alguma circunstância de atenuação da pena (pena provisória)?

2. A quantidade de aumento em decorrência do reconhecimento do crime continuado nos crimes de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro está em conformidade com o princípio da proporcionalidade?

*Questão relativa à pena de multa:*

1. Em decorrência dos limites e das condições de validade traçados para dosimetria da pena-base, a quantidade de multa fixada é proporcional?

*Questão relativa ao regime de pena:*

1. É constitucionalmente válida a imposição, pelo juiz do processo de conhecimento, de condições (no caso, reparação do dano) para progressão de regime de pena em sede de execução penal?

Examinadas as questões e os documentos que acompanham a consulta, passo a emitir parecer sobre os critérios qualitativos e quantitativos e os limites constitucionais da aplicação das penas privativa de liberdade e da multa.

*Parecer*

## 1. OS LIMITES CONSTITUCIONAIS E AS CONDIÇÕES DE VALIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NA APLICAÇÃO DA PENA

01. Winfried Hassemer afirmava que:

> a determinação da pena é, desde muito tempo, o muro de lamentações dos penalistas, tanto do campo científico como prático. É lamentável que a dogmática da determinação da pena, ou seja, a elaboração sistemática dos critérios estabelecidos pela lei, não tenha atingido um grau de precisão e transparência como o da dogmática dos pressupostos da punibilidade.[1]

O lamento do catedrático de Frankfurt, ex-Ministro da Suprema Corte da Alemanha, é uma descrição da ausência de critérios precisos relativos ao conteúdo das circunstâncias que são valoradas na determinação da pena, sobretudo da pena privativa de liberdade. Mas se o tema é controverso em todos os países de tradição romano-germânica, a indeterminação quanto às diretrizes que orientam a quantificação das sanções penais ganha especial relevo no Brasil.

O debate acerca do procedimento judicial de determinação da pena não é novo na dogmática pátria, motivo pelo qual ainda permanece viva a polêmica entre Roberto Lyra e Nélson Hungria sobre a melhor forma de operacionalizar a incidência das circunstâncias judiciais, atenuantes e agravantes e causas especiais de aumento e diminuição da pena.[2] O problema é agravado em razão da "*indeterminação relativa consagrada em lei,*"[3] consequência da necessidade de individualização, que não foi suprimida na Reforma de 1984.

1. HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1984, p. 137 (tradução livre).
2. Sobre o tema: LYRA, Roberto. *Comentários do Código Penal*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. 2, p. 205-214.
3. Idem, p. 188.

A questão relevante, portanto, é a de como estabelecer *limites* à atividade judicial em um campo de análise marcado pela indeterminação.

Juarez Tavares demonstra, assim, que

> a indecisão acerca da forma como se aplicam os elementos do art. 59 não vem apenas da redação confusa desse dispositivo, mas, principalmente, do sistema tripartido consignado no art. 68, o qual, porém, não pode ser usado em detrimento dos princípios fundamentais da ordem jurídica, e, unicamente, como sequência esclarecedora ao imputado de como o julgador avaliou as condições e os elementos de culpabilidade e de prevenção incidentes sobre o fato.[4]

Nessa perspectiva, Heleno Cláudio Fragoso, em um clássico estudo sobre o tema, lembrava que no momento da dosimetria da pena não há espaço para "*um poder arbitrário e o juiz não pode fixar a pena ao seu capricho.*"[5] Fundado no doutrinador italiano Franco Cordero, o catedrático de Direito Penal da Faculdade Nacional de Direito aponta que o único mecanismo de controle do arbítrio é a motivação da decisão, que deve atingir igualmente este momento da sentença condenatória, conforme determina o art. 381, III, do Código de Processo Penal, posição reforçada pelo art. 387, II e III, com a redação dada pela Lei 11.719/2008.

02. A fundamentação na aplicação da sanção penal é extremamente relevante no sistema sancionatório brasileiro em razão de as circunstâncias judiciais, diretrizes para fixação da pena-base, caracterizarem o dispositivo do *caput* do art. 59 do Código Penal como um *tipo penal aberto*. Embora nas demais fases da dosimetria (pena provisória e pena definitiva) a estrutura das agravantes e atenuantes, majorantes e minorantes, não estabeleça uma determinação isenta de dubiedades e de lacunas, as circunstâncias judiciais são especialmente problemáticas porque (a) são construídas a partir de *elementos normativos* e, em consequência, (b) inexistem indicadores que orientem *como* e *quanto* tais circunstâncias irão operar na maximização ou na minimização da quantidade de pena.[6]

4. TAVARES, Juarez. Culpabilidade e Individualização da Pena. *In:* BATISTA, Nilo; e NASCIMENTO, André (orgs.). *Cem Anos de Reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de janeiro: Revan, 2011, p. 128.

5. FRAGOSO, Heleno Cláudio. A Motivação da Sentença na Aplicação da Pena. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, 1969, vol. 227, p. 17.

6. "*Os elementos constantes no art. 59 são denominados circunstâncias judiciais, porque a lei não os define e deixa a cargo do julgador a função de identificá-los no bojo dos autos e*

O problema, portanto, não diz respeito apenas à identificação da circunstância e à sua quantificação, ou seja, "*não cabe exclusivamente ao juiz valorar a circunstância como negativa ou positiva e, consequentemente, eleger a quantidade de aumento ou de diminuição da pena.*"[7] Antes de valorar favorável ou desfavoravelmente, é tarefa judicial *atribuir significado* (conteúdo) às circunstâncias, inclusive para posteriormente estabelecer critérios de preponderância entre os vetores objetivos e subjetivos.

Para que se dê efetividade ao princípio constitucional da motivação das decisões judiciais, sob pena de nulidade do ato (art. 93, inc. IX, Constituição Federal), é imprescindível que o julgador, ao determinar a pena, siga alguns procedimentos: *primeiro*, delimite o conteúdo das circunstâncias, ou seja, defina o seu conteúdo constitucional; e *segundo*, determine o tipo de informação processualmente válida para fundamentar o sentido atribuído. Só após vencer estas etapas poderia (*terceiro*) valorar positivamente ou negativamente as circunstâncias analisadas; (*quarto*) determinar a quantidade de aumento ou de diminuição de cada circunstância; e, se for o caso, (*quinto*) estabelecer os critérios de preponderância entre as circunstâncias favoráveis e desfavoráveis.

Um exemplo, útil inclusive para analisar o caso apresentado, pode esclarecer as etapas dogmáticas metodologicamente apresentadas:

> para concluir se a culpabilidade é uma circunstância que atuará, no caso concreto, como uma circunstância de aumento ou de diminuição da pena, são pressupostos dois movimentos argumentativos [do juiz]: o primeiro, de ordem penal material, de significar a culpabilidade, ou seja, dizer o que é (in)válido analisar como culpabilidade na aplicação da pena; o segundo, de ordem processual penal, de identificar no processo os elementos probatórios válidos que concretizam o significado de culpabilidade atribuído.[8]

Em relação à segunda diretriz (probatória), nos precisos termos apresentados por Antônio Magalhães Gomes Filho, é fundamental "*que cada referên-*

---

*mensurá-los concretamente.*" (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 663).

7. CARVALHO, Salo. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 333.

8. Idem, p. 335 (grifou-se).

*cia feita na motivação exprima um conteúdo fático extraído das provas existentes nos autos.*"[9]

Neste quadro, a primeira indagação proposta pelos consulentes diz respeito exatamente à questão de ordem penal material: qual o conteúdo constitucionalmente válido para análise das circunstâncias judiciais culpabilidade, personalidade do réu, circunstâncias em sentido estrito e consequências do delito?

Conceitual e preliminarmente – inclusive porque os desdobramentos ficarão mais evidentes quando da análise individualizada das circunstâncias em espécie –, é possível afirmar que os limites constitucionais e as condições de validade para análise das circunstâncias judiciais estão determinados pela sua relação com a tipicidade penal. Assim, *será constitucionalmente válida a análise judicial de circunstâncias extratípicas que tenham relação com a conduta típica imputada.*

Como se sabe, em decorrência da proibição da dupla incriminação (princípio do *ne bis in idem*, especificamente referido para a aplicação da pena no art. 61, *caput*, segunda parte, do Código Penal),[10] as circunstâncias elementares do tipo não podem ser revaloradas na aplicação da pena. Assim, apenas as circunstâncias extratípicas poderão impactar na dosimetria da sanção penal. Ocorre que não é qualquer circunstância extratípica que pode ser valorada, mas apenas aquelas que guardem estreita relação com o delito, ou seja, aquelas que, de alguma forma, (direta ou indiretamente) influenciaram o sujeito na dinâmica da sua conduta.

03. Em *termos dogmáticos* (conceituais), a teoria do delito neokantiana, ao reformular a ideia de culpabilidade como reprovabilidade, na passagem da teoria psicológica para a teoria normativa, definiu estas circunstâncias como *circunstâncias concomitantes*, isto é, aquelas que não integram o tipo penal, mas que influenciam direta ou indiretamente o autor na prática do injusto penal.[11]

Em termos *pragmáticos* (processuais), a questão que se coloca é a de como *identificar as elementares do tipo* e de como *diferenciá-las das circunstâncias concomitantes.*

9. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 217.

10. "*Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o delito.*" (grifou-se)

11. FRANK, Reinhard. *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidade*. Montevideo: BdF, 2002, p. 28-40.

O método mais adequado (e didaticamente útil) para resolução de conflito aparente de circunstâncias é o da *eliminação hipotética*. Assim, ao avaliar as circunstâncias presentes no caso concreto, o julgador deve excluir do quadro do delito os elementos fáticos que apresentam dubiedades. Após sua exclusão hipotética, três seriam as consequências possíveis: (a) exclusão da tipicidade da conduta (atipicidade penal) – p. ex., a exclusão da circunstância "*prazo e forma legal*" na apropriação indébita previdenciária (art. 168-a do Código Penal); (b) alteração do juízo de tipicidade – p. ex., a exclusão da circunstância "*violência ou grave ameaça no crime de roubo*" (art. 157 do Código Penal); ou (c) manutenção da tipicidade – p. ex., a exclusão da circunstância "*motivo fútil*" no crime de maus-tratos (art. 136 do Código Penal).

Nos dois primeiros casos, ou seja, quando ocorre a exclusão ou a modificação do juízo de tipicidade, a circunstância hipoteticamente excluída é uma elementar do tipo, motivo pelo qual não pode ser valorada na aplicação da pena. No terceiro caso, quando não há alteração no juízo de tipicidade, a circunstância é concomitante (acessória ou acidental), sendo possível sua análise pelo juiz na aplicação da pena, sem ofensa do princípio da vedação da dupla incriminação.[12]

A partir desses parâmetros dogmáticos e pragmáticos, passamos à análise de cada uma das circunstâncias expostas na sentença condenatória proferida contra André Vargas, de forma a estabelecer a validade ou a invalidade constitucional do conteúdo atribuído pelo julgador e ponderar sobre a forma de valoração (positiva ou negativa) proposta. Lembre-se que a análise do conteúdo das circunstâncias é instrumental, pois impactará diretamente na quantidade da pena-base.

## 2. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS: CRITÉRIOS DE VALIDADE CONSTITUCIONAL: ANÁLISE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA DE ANDRÉ VARGAS

04. A partir do item 340 da sentença condenatória, o julgador analisou as circunstâncias judiciais e realizou o cálculo da pena-base para os delitos de *corrupção passiva* e *lavagem de capitais* atribuídos ao réu André Vargas. Em ambos os casos, *valorou negativamente quatro circunstâncias*: culpabilidade, personalidade do réu, circunstâncias (em sentido estrito) e consequências do crime. Vejamos:

12. CARVALHO, Salo. Op. cit., p. 347.

*Para os crimes de corrupção passiva*: André Vargas não tem antecedentes criminais informados no processo. A *culpabilidade é elevada. O condenado recebeu propina não só no exercício do mandato de Deputado Federal, mas também da função de Vice-Presidente da Câmara dos Deputados, esta entre os anos de 2011 a 2014, período em que praticou a maior parte dos fatos criminosos objeto desta ação penal (06/10 a 04/14)*. A responsabilidade de um Vice-Presidente da Câmara é enorme e, por conseguinte, também a sua culpabilidade quando pratica crimes. A vetorial *personalidade também lhe é desfavorável*. Rememoro aqui o *gesto de afronta do condenado ao erguer o punho cerrado ao lado do então Presidente do Supremo Tribunal Federal, o eminente Ministro Joaquim Barbosa*, na abertura do ano legislativo de 2014, em 04.02.2014, e que foi registrado em diversas fotos. O parlamentar, como outros e talvez até mais do que outros, tem plena liberdade de manifestação. Protestar contra o julgamento do Plena rio do Supremo Tribunal Federal na Ação Penal 470 é algo, portanto, que pode e poderia ter sido feito por ele ou por qualquer um, muito embora aquela Suprema Corte tenha agido com o costumeiro acerto. Entretanto, retrospectivamente, constata-se que o condenado, ao tempo do gesto, recebia concomitantemente propina em contratos públicos por intermédio da Borghi Lowe. Nesse caso, *o gesto de protesto não passa de hipocrisia e mostra-se retrospectivamente revelador de uma personalidade não só permeável ao crime, mas também desrespeitosa às instituições da Justiça*. Conduta social, motivos e comportamento da vítima são elementos neutros. *Circunstâncias devem ser valoradas negativamente*. A prática dos crimes de corrupção envolveu o *pagamento de propinas de pelo menos R$ 1.103.950,12 por intermédio de contratos de publicidade firmados com a Caixa e o Ministério da Saúde, um valor expressivo*. As *consequências também devem ser valoradas negativamente*, uma vez que o *custo das propinas foi arcado pelas entidades públicas, prejudicando-as no mínimo em igual medida do benefício ao condenado. Considerando quatro vetoriais negativas, de especial reprovação, fixo, para o crime de corrupção passiva, pena de quatro anos e seis meses de reclusão*. (fl. 50, item 340 da sentença, grifou-se)

*Para os crimes de lavagem*: André Vargas não tem antecedentes registrados no processo. A *culpabilidade é elevada. O condenado recebeu propina não só no exercício do mandato de Deputado Federal, mas também da função de Vice-Presidente da Câmara dos Deputados, esta entre os anos de 2011 a 2014, período em que praticou a maior parte dos fatos*

> *criminosos objeto desta ação penal (06/10 a 04/14)*. A responsabilidade de um Vice-Presidente da Câmara é enorme e, por conseguinte, também a sua culpabilidade quando pratica crimes. A vetorial *personalidade também lhe é desfavorável*. Rememoro aqui o *gesto de afronta do condenado ao erguer o punho cerrado ao lado do então Presidente do Supremo Tribunal Federal, o eminente Ministro Joaquim Barbosa*, na abertura do ano legislativo de 2014, em 04.02.2014, e que foi registrado em diversas fotos. O parlamentar, como outros e talvez até mais do que outros, tem plena liberdade de manifestação. Protestar contra o julgamento do Plena rio do Supremo Tribunal Federal na Ação Penal 470 é algo, portanto, que pode e poderia ter sido feito por ele ou por qualquer um, muito embora aquela Suprema Corte tenha agido com o costumeiro acerto. Entretanto, retrospectivamente, constata-se que o condenado, ao tempo do gesto, recebia concomitantemente propina em contratos públicos por intermédio da Borghi Lowe. Nesse caso, o *gesto de protesto não passa de hipocrisia e mostra-se retrospectivamente revelador de uma personalidade não só permeável ao crime, mas também desrespeitosa às instituições da Justiça*. Conduta social, motivos e comportamento da vítima são elementos neutros. *Circunstâncias devem ser valoradas negativamente*. A lavagem, no presente caso, *envolveu especial sofisticação, com a estruturação de duas empresas de fachada, a Limiar e a LSI, com a finalidade exclusiva de receber recursos ilícitos*, havendo emissão de notas fiscais fraudulentas e simulação de que os repasses eram pagamento de bônus de volume. Tal grau de sofisticação não é inerente ao crime de lavagem e deve ser valorado negativamente a título de circunstâncias (a complexidade não é inerente ao crime de lavagem, conforme precedente do RHC 80.816/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma do STF, un., j. 10/04/2001). *Consequências devem ser valoradas negativamente. A lavagem envolve a quantia substancial de R$ 1.103.950,12. A lavagem de expressiva quantidade de dinheiro merece reprovação especial a título de consequências. Considerando quatro vetoriais negativas, fixo, para o crime de lavagem de dinheiro, pena de cinco anos de reclusão*. (fl. 51, item 340 da sentença, grifou-se)

Embora tenha reproduzido praticamente a mesma fundamentação nas duas distintas situações – o que pode não ser recomendável, mas não gera qualquer espécie de nulidade –, é importante expor o conteúdo da decisão para que seja possível aprofundar a sua análise, o que será feito de forma tópica.

### 2.1. *Culpabilidade: análise do conteúdo constitucionalmente válido nos crimes de corrupção passiva e lavagem. Caso concreto: violação do princípio* ne bis in idem

05. A análise da circunstância judicial de culpabilidade é, inegavelmente, a mais complexa e discutível no sistema brasileiro de determinação da pena. Não apenas em razão de a doutrina e a jurisprudência terem subvertido o sentido original da Reforma de 1984 – no sistema pensado pelos reformadores a culpabilidade seria a circunstância geral de determinação da pena da qual as demais circunstâncias subjetivas (antecedentes, personalidade, motivos e conduta social) se desdobrariam, comportando um juízo único sobre o autor e as condições que envolveram o delito[13] –, mas, de igual forma, em razão de leituras contemporâneas que entendem que os elementos que afirmaram a culpabilidade (fundamentaram o delito) não podem ser revalorados na dosimetria, sob pena de *bis in idem*, em termos similares aos da análise das elementares do tipo.[14-15]

De qualquer forma, a doutrina e a jurisprudência nacionais consideram válida a análise da culpabilidade como circunstância autônoma, motivo pelo qual cabe, neste momento, enfrentar qual o seu conteúdo constitucionalmente válido.

Em termos doutrinários, seguindo a teoria normativa adotada pela Reforma de 1984, a imputabilidade (etária e psicológica) é o pressuposto da culpabilidade que, por seu turno, é composta pelos elementos *potencial consciência da ilicitude* e *exigibilidade de conduta diversa*. Não por outra razão o *caput* do art. 26 do Código Penal estabelece que

> *é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão,*

13. Nas palavras de Reale Jr., Dotti, Andreucci e Pitombo, "[as circunstâncias subjetivas] *são, portanto, especificações do termo genérico 'culpabilidade', as indicações dos critérios: antecedentes, conduta social, personalidade, motivos.*" (REALE JR., Miguel *et al. Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 160).

14. "*Portanto, quando o julgador individualiza a pena, não pode invocar novamente os mesmos elementos do juízo de culpabilidade pelos quais se fundamentou o delito, porque esses já deveriam ter sido considerados para fixar os limites máximos de sua medida – isso no momento da condenação*" (TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 128).

15. Sobre o tema, conferir TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da Pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 129-130.

> *inteiramente* incapaz de entender o caráter ilícito do fato *ou de* determinar-se de acordo com esse entendimento (grifou-se).

Assim, o horizonte de compreensão da culpabilidade normativa é definido pela (a) consciência da ilicitude e pela (b) determinação da conduta conforme este entendimento.

O juízo de culpabilidade gira, portanto, em torno das circunstâncias concomitantes que permitem ao autor do injusto penal uma maior ou menor consciência da ilicitude e, em consequência, uma maior ou menor condição de análise da conduta conforme o Direito. No ponto, Welzel é esclarecedor: "*imputabilidade ou capacidade de culpabilidade é, portanto, capacidade do autor: a) de compreender o injusto do fato, e b) de determinar a vontade conforme esta compreensão.*"[16]

Tem-se, portanto, que cabe ao julgador, no momento da graduação da pena, não rever se o sujeito é imputável, se possui consciência do injusto e se era exigível outra conduta. Tais questões, conforme aponta Tavares, já foram respondidas. O juízo na aplicação da pena não é quantitativo, mas qualitativo. Caberia, pois, avaliar o grau (juízo quantitativo) da consciência da ilicitude e da exigibilidade da conduta.

06. No ponto, ao dosar a pena, o julgador valorou negativamente a culpabilidade ("*a culpabilidade é elevada*"), fundamentando este juízo de reprovação no cargo (Deputado Federal) e na função (Vice-Presidente da Câmara dos Deputados) desempenhados pelo réu no período dos fatos imputados ("*o condenado recebeu propina não só no exercício do mandato de Deputado Federal, mas também da função de Vice-Presidente da Câmara dos Deputados, esta entre os anos de 2011 a 2014, período em que praticou a maior parte dos fatos criminosos objeto desta ação penal (06/10 a 04/14). A responsabilidade de um Vice-Presidente da Câmara é enorme e, por conseguinte, também a sua culpabilidade quando pratica crimes*") (fl. 50, item 340 da sentença).

A pergunta que caberia, em termos genéricos e conceituais, é se o cargo e a função desempenhados pelo réu aumentam sua capacidade de compreensão do injusto e estabelecem uma exigência distinta de conduta. Se positiva a resposta, se tais circunstâncias concomitantes poderiam elevar a pena a título de culpabilidade.

---

16. WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán: parte general*. 4. ed. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1993, p. 182

Apesar de em termos genéricos esta possibilidade (reprovação pelo cargo) ser válida, no caso concreto há uma expressiva alteração das condições objetivas que envolvem o cargo e a função desempenhados por André Vargas. Condições que foram objeto de análise judicial para fundamentação do delito, o que torna sua (re)valoração na pena um *bis in idem*.

Vejamos.

A imputação do delito de corrupção decorre, segundo a denúncia, da influência de André Vargas no âmbito da Administração Pública Federal, especificamente na Caixa Econômica Federal e no Ministério da Saúde, situação que teria permitido favorecer a agência Borghi Lowe nos procedimentos concorrenciais.

Nos memoriais finais, a defesa sustentou a necessidade de absolvição do réu em razão da ausência de elementos probatórios que sustentassem a existência da corrupção passiva, notadamente em face da *ausência de demonstração do ato de ofício exigido como elementar do crime*. Conforme a defesa, existe

> *necessidade de que a condenação esteja atrelada à demonstração probatória da mercantilização da função pública, o que exige a identificação do ato de ofício praticado ou omitido pelo agente corrompido.* (fl. 87, memoriais da defesa).

Argumentaram os consulentes, inclusive, com amplo amparo na jurisprudência nacional, que:

> *os atos de ofício descritos na denúncia não guardam nenhuma relação com o cargo de Deputado Federal exercido pelo Acusado à época. Ao contrário dos fatos narrados na AP 470, do STF, onde os Deputados teriam sido corrompidos a praticar ato inerente ao seu cargo (votar em favor do governo federal), aqui não há qualquer relação. Na oportunidade do julgamento acima mencionado, ficou assentado que o Código Penal brasileiro impõe uma relação de causa e efeito entre a função pública desempenhada e o ato de corrupção praticado, portanto a sua imprescindibilidade, e que o Supremo Tribunal Federal não rompeu com a jurisprudência que impõe a exigência do ato de ofício para a configuração do crime de corrupção passiva, conforme já decidido no âmbito da Ação Penal 307, no chamado 'Caso Collor'.* (fls. 88 e 89, memoriais da defesa).

Independentemente do acerto ou não do juízo condenatório, o Magistrado, ao refutar a tese defensiva, sustentou:

> Inequívoco que André Luiz Vargas Ilário era ao tempo dos fatos parlamentar federal e político da base do Governo Federal e, por con-

> seguinte, com poder sobre a Administração Pública Federal direta e indireta.
>
> André Vargas foi Deputado Federal eleito pelo Partido dos Trabalhadores – PT, entre 1.º de fevereiro de 2007 a 10 de dezembro de 2014, quando foi cassado após votação na Câmara dos Deputados.
>
> Durante os anos de 2011 a 2014 ocupou a destacada posição de Vice-Presidente da Câmara dos Deputados.
>
> Os valores foram pagos pela Borghi Lowe, por solicitação de Ricardo Hoffman, a André Vargas, em virtude do cargo ocupado por ele e o seu poder decorrente sobre as atividades da Administração Pública Direta ou Indireta. (fl. 39, itens 247-250, sentença condenatória, grifou-se)
>
> Isso não impede a tipificação dos crimes de corrupção, uma vez que a *propina foi paga pela Borghi Lowe a André Vargas em razão de seu cargo*, como Deputado Federal, *que permitia determinar indevidamente o favorecimento da agência de publicidade junto a* Administração Pública direta ou indireta. A efetiva prática, omissão ou retardamento por ele da prática do ato de ofício é apenas causa de aumento da pena, conforme art. 317, § 1.º, e art. 333, parágrafo único, do Código Penal, não sendo exigida para a caracterização ou consumação dos crimes na modalidade do *caput*. (fl. 43, item 278, sentença condenatória, grifou-se).

No caso em análise, para *fundamentar a condenação*, o juiz argumentou ser inexigível a demonstração do ato de ofício, pois suficiente o fato de André Vargas (a) poder influenciar a Administração Pública; e (b) receber propina, sempre *em virtude* do cargo ocupado.

Conclui-se, pois, que, no caso concreto, o cargo e a função foram argumentos centrais do juízo de imputação, convertidos pelo juiz em elementares típicas em razão da insuficiência probatória quanto ao ato de ofício exigido.

Conforme os argumentos apresentados, duas seriam as alternativas possíveis ao julgador: *primeira*, o reconhecimento da atipicidade por ausência da elementar ato de ofício, o que foi excluído; ou, conforme proposto na decisão, *segunda, o reconhecimento do cargo/função como elementar, em substituição à demonstração do ato de ofício.*

Correto ou não o raciocínio – análise que extrapola os limites deste parecer –, ao optar pela *conversão do cargo/função em critério de fundamentação do delito*, o magistrado alterou a natureza da circunstância: *transformou uma circunstância concomitante em uma elementar típica.* E, como elementar típica,

não pode ser novamente valorada na aplicação da pena em decorrência do princípio da proibição da dupla incriminação (*ne bis in idem*).

A validade do argumento exposto pode ser testada a partir do critério pragmático da eliminação hipotética.

O Ministro Rui Rosado de Aguiar demonstra de forma precisa os efeitos do método da exclusão:

> distingue-se a elementar de uma circunstância pelo processo hipotético de eliminação. Se a exclusão de certo fator implica a descaracterização do fato como crime, ou faz surgir um outro crime, tal dado é uma elementar. Ex.: eliminando-se o fator 'funcionário público', não há crime de prevaricação, nem outro qualquer pela demora na movimentação do processo; eliminando-se o mesmo dado, deixa de existir o peculato e pode haver a apropriação indébita. Logo, ser funcionário público é elemento essencial dos crimes de prevaricação e de peculato. Se o fator excluído não impede a caracterização do crime, trata-se de uma circunstância do crime.[17]

Assim, seria lícito indagar: conforme o argumento utilizado pelo juiz na sentença condenatória, se fosse excluída a circunstância cargo/função ocupado por André Vargas do quadro delitivo, a imputação continuaria estável, isto é, a conduta permaneceria típica? Evidente que a resposta seria negativa, pelos argumentos apresentados pelo próprio julgador.

Portanto, o cargo e a função exercidos pelo réu, em razão de ter fundamentado o juízo sobre a existência do injusto penal, não podem ser valorados negativamente na pena-base sob o qualificativo culpabilidade, em face da necessidade constitucional de respeito ao princípio *ne bis in idem*.

### *2.2. Personalidade: análise do conteúdo constitucionalmente válido nos crimes de corrupção passiva e lavagem. caso concreto: imunidade parlamentar (art. 53,* caput, *Constituição): antijuridicidade material (criminalização da liberdade de expressão)*

07. Nas últimas décadas, sobretudo após a edição da Constituição de 1988, doutrina e jurisprudência têm apontado problemas conceituais e metodológicos decorrentes da inserção da circunstância *personalidade do réu* no art. 59, *caput*, do Código Penal. São problemas de duas ordens: *primeiro*, relativo à au-

17. AGUIAR JR., Rui Rosado. *Aplicação da Pena*. 4. ed. Porto Alegre: Ajuris, 2003, p. 37.

sência de precisão conceitual; *segundo*, relativo à carência de uma metodologia dogmática de análise. Desde a perspectiva constitucional, indaga-se, inclusive, se é legítimo ao julgador ingressar nesta esfera e de que forma a valoração da personalidade do réu converte uma perspectiva de Direito Penal de fato em um modelo de Direito Penal de autor.[18]

Não por outra razão, em termos de *lege ferenda*, os principais projetos de reforma do Código Penal simplesmente excluem a referida circunstância, invocando ambos os argumentos.[19] Note-se, portanto, que as propostas de alteração legislativa são, no mínimo, sintomáticas e evidenciam os problemas diagnosticados pela doutrina.

O caso em análise parece ser exemplar no que diz respeito à ingerência indevida da jurisdição nesta esfera. E isso se percebe nos argumentos reproduzidos na determinação da pena-base de ambos os delitos (corrupção passiva e lavagem de dinheiro). Vejamos:

---

18. Neste ponto, os ensinamentos de Luigi Ferrajoli são paradigmáticos: "(...) *em relação ao* processo *e aos problemas de justificação da* jurisdição, *o princípio normativo da separação* [entre Direito e Moral – secularização do Direito] *exige que o juízo não verse sobre a moralidade ou o caráter, ou outros aspectos substanciais da personalidade do réu, mas apenas sobre os* fatos *penalmente proibidos que lhes são imputados e que são, por outra parte, os únicos que podem ser empiricamente provados pela acusação e refutados pela defesa. O juiz, portanto, não deve submeter a indagação à alma do imputado, nem deve emitir vereditos morais sobre a sua pessoa, mas apenas investigar seus comportamentos proibidos. E um cidadão pode ser julgado, antes de ser castigado, apenas por* aquilo que fez, *e não, como no juízo moral, por* aquilo que é." (FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*. Roma: Laterza, 1998, p. 208, grifos originais).
De igual forma Adriano Teixeira, em recente trabalho sobre o tema: "(...) *já se pode dizer que a personalidade do agente e sua conduta social são as circunstâncias judiciais que se mostram mais distantes do modelo de aplicação da pena proporcional ao fato*" (TEIXEIRA, Adriano. Op. cit., p. 138).

19. O projeto de Miguel Reale Jr., apresentado quando era Ministro da Justiça de Fernando Henrique Cardoso, alterava a estrutura das circunstâncias judiciais da seguinte forma: "*art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, antecedentes, reincidência e condições pessoais do acusado, bem como as oportunidades sociais a ele oferecidas, aos motivos, circunstâncias e consequências do crime e ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente à individualização da pena.*"
O projeto do novo Código Penal, apresentado ao Senado da República pela Comissão de Juristas em 2012 (PL 236/2012), igualmente exclui a *personalidade do réu* como circunstância de análise: "*art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos motivos e fins, aos meios e modo de execução, às circunstâncias e consequências do crime, bem como a contribuição da vítima para o fato, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.*"

> A vetorial *personalidade também lhe é desfavorável.* Rememoro aqui o *gesto de afronta do condenado ao erguer o punho cerrado ao lado do então Presidente do Supremo Tribunal Federal, o eminente Ministro Joaquim Barbosa*, na abertura do ano legislativo de 2014, em 04.02.2014, e que foi registrado em diversas fotos. O parlamentar, como outros e talvez até mais do que outros, tem plena liberdade de manifestação. Protestar contra o julgamento do Plena rio do Supremo Tribunal Federal na Ação Penal 470 é algo, portanto, que pode e poderia ter sido feito por ele ou por qualquer um, muito embora aquela Suprema Corte tenha agido com o costumeiro acerto. Entretanto, retrospectivamente, constata-se que o condenado, ao tempo do gesto, recebia concomitantemente propina em contratos públicos por intermédio da Borghi Lowe. Nesse caso, *o gesto de protesto não passa de hipocrisia e mostra-se retrospectivamente revelador de uma personalidade não só permeável ao crime, mas também desrespeitosa às instituições da Justiça.* (fls. 50 e 51, item 340, sentença condenatória, grifou-se)

O juízo de reprovação, manifestado na valoração da personalidade do réu, refere, fundamentalmente, "*o gesto do condenado ao erguer o punho cerrado ao lado do então Ministro* Joaquim Barbosa." Embora o julgador tenha registrado que são legítimas as manifestações de protesto contra decisões judiciais, em especial aquela proferida na AP 470 – do contrário o Poder Judiciário não seria passível de críticas –, afirmou que naquele momento (do gesto) o condenado recebia propinas, situação que revelaria uma manifestação de *hipocrisia*, própria de uma "*personalidade não só permeável ao crime, mas também desrespeitosa às instituições da Justiça.*"

08. A fundamentação do aumento de pena na vetorial personalidade do réu é, possivelmente, no caso em análise, um dos exemplos mais evidentes de ingerência judicial ilegítima e, conforme apontado por Ferrajoli, de legitimação judicial de modelos penais de autor.

Em princípio, uma reflexão menos profunda do problema poderia sugerir a violação ao princípio do *ne bis in idem*, notadamente em razão do fato de que o "desrespeito às instituições da Justiça" ou da Administração Pública, muito frequentemente utilizados em argumentos judiciais de cunho moral nesta espécie de delitos, serem a própria razão de ser da incriminação. Sobre o tema, Paulo Queiroz é, como de praxe, impressionantemente claro, não apenas pela adequação ao problema, mas pela construção lógica do argumento:

> (...) ao condenar funcionário público por crime contra a Administração Pública (v.g. peculato, corrupção passiva), afirmar que 'o

> réu praticou ação das mais reprováveis, visto que violou a confiança inerente ao exercício da função pública', como se o fato de ser servidor público já não tivesse orientado a decisão político-criminal do legislador de autonomizar/criminalizar tais condutas, punindo-as de forma mais dura precisamente em razão dos deveres inerentes ao cargo/ função pública.[20]

Todavia, o juízo de reprovação proferido pelo julgador ultrapassa os limites já indevidos da proibição da dupla incriminação ao *realizar valoração negativa de uma manifestação legítima de pensamento, realizada por um parlamentar na tribuna da Casa Legislativa* (abertura do ano legislativo de 2014), em ofensa explícita ao art. 53, *caput*, da Constituição: "*os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.*"

O texto constitucional, alterado pela EC 35/2001, estabelece as *imunidades materiais ou absolutas*. Significa dizer que o parlamentar, no exercício do seu mandato, não pode ser responsabilizado penal, civil, disciplinar ou politicamente por suas opiniões, palavras e votos. Trata-se de um desdobramento qualificado da *liberdade de manifestação*, em sua espécie *liberdade de palavra* (*freedom of speech*), garantida a todos os cidadãos pela Constituição (art. 5.º, IV: "é livre a manifestação do pensamento, *sendo vedado o anonimato*").

Assim,

> (...) *independente do conteúdo dos votos, palavras ou opiniões exaradas por congressista, oralmente ou por escrito, dentro ou fora do recinto da Casa Legislativa, no exercício do mandato ou em sua função, gozará o parlamentar de imunidade, que exclui o crime ou a ilicitude do ato. Debalde, a imunidade material afasta do parlamentar a* responsabilidade criminal, *não constituindo, seus ATOS, crimes; a* responsabilidade civil, *não podendo ser responsabilidade por perdas e danos; a* responsabilidade administrativa, *não sendo sujeito a sanções disciplinares; e a* responsabilidade política, *não podendo ter cassado o exercício do mandato.*[21]

O termo *atos* foi frisado porque parece evidente que a proteção dos votos, palavras ou opiniões dos parlamentares abrange, em toda a sua extensão, quaisquer outras formas de manifestação de pensamento, inclusive os *gestos*.

---

20. QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 382.

21. STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade & NUNES, Dierle. Comentário ao Art. 53. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014, p. 1.073 (grifou-se).

Da mesma forma como é garantida a liberdade de palavra fora da Casa Legislativa, pois não teria sentido que o parlamentar não carregasse consigo a imunidade, é dogmaticamente lógico reconhecer a liberdade de manifestação de todos os seus modos e em toda a sua extensão.[22]

Inegável que "*imunidade não é blindagem*",[23] motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal a excepciona nos casos de ofensas à honra e nos atos que não tenham qualquer conexão com o mandato parlamentar. Mas as exceções, porém, de nenhuma forma se aplicam ao caso, pois *o ato do então Deputado Federal* André Vargas *representou nitidamente uma manifestação política contra uma decisão da Suprema Corte que considerou injusta.* Por mais questionável que a crítica possa ser, em seu *conteúdo* (oposição à decisão na AP 470) e/ou em sua *forma* (reproduzindo o gesto dos políticos que foram condenados, notadamente de José Dirceu e de José Genoíno, líderes da agremiação partidária da qual o condenado fazia parte), o fato é que constituiu, naquele momento e naquelas circunstâncias, uma evidente manifestação de pensamento, um verdadeiro *ato político* de reprovação à decisão condenatória na AP 470.

O mérito da manifestação pode ser submetido a críticas, sem dúvida, sobretudo, no campo político. Mas o gesto representa, inegavelmente, uma *manifestação legítima* e, como tal, deve estar imune de qualquer processo criminalizador: *autônomo*, em eventual processo criminal em decorrência do ato mesmo; ou *derivado*, em julgamentos ou reprovações em processos paralelos, como no caso.

Note-se que o magistrado, ao aumentar a pena pela manifestação do pensamento, *criou judicialmente um ilícito*: determinou uma pena (em quantidade não expressa, mas plenamente caracterizada) para uma conduta não imputada, não submetida ao contraditório e, notadamente, sem qualquer relação direta ou periférica com o crime descrito na acusação. Em realidade, *o jul-*

22. Neste sentido o entendimento do Supremo Tribunal Federal: "*A cláusula de inviolabilidade constitucional, que impede a responsabilização penal e/ou civil do membro do Congresso Nacional, por suas palavras, opiniões e votos, também abrange, sob seu manto protetor, as entrevistas jornalísticas, a transmissão, para a imprensa, do conteúdo de pronunciamentos ou de relatórios produzidos nas Casas Legislativas e as declarações feitas aos meios de comunicação social, eis que tais manifestações – desde que vinculadas ao desempenho do mandato – qualificam-se como natural projeção do exercício das atividades parlamentares.*" (STF, Inq. 2.332-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 10.02.2011, Plenário, *DJE* 01.03.2011).

23. STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade & NUNES, Dierle. Op. cit., p. 1.073 (grifou-se).

*gador produziu um ato de criminalização (criminalização imprópria)* – pois o gesto político referido está fora do âmbito de incidência dos crimes imputados (conduta extratípica) –, presentificando o que há de mais autoritário na tradição do penalismo moderno: a *instrumentalização material da antijuridicidade*. Não é preciso lembrar que o uso deste tipo de interpretação na prática judicial (dogmática da antijuridicidade material) foi a característica mais marcante do Direito Penal produzido na Escola de Kiel, no qual o princípio da legalidade era totalmente flexibilizado em nome dos interesses da política nacional-socialista (razão de Estado).[24]

Inegável, portanto, a profunda inadequação da valoração judicial da *personalidade do réu*, em razão de o gesto valorado estar amparado pela imunidade absoluta, prevista no art. 53, *caput*, da Constituição.

### 2.3. *Circunstâncias e consequências do crime: caso concreto: confusão sobre o conteúdo das circunstâncias judiciais. Circunstâncias em sentido estrito: elementares dos tipos de corrupção e lavagem.* bis in idem. *Consequências no crime: corrupção (ausência de dano) lavagem (resultado do crime antecedente)*

09. No que diz respeito às "circunstâncias" (em sentido estrito) e às "consequências do crime", o julgador cometeu igualmente alguns equívocos na análise. Alguns constituem irregularidades; outros viciam topicamente a decisão em relação à dosimetria da pena-base.

Em relação ao *crime de corrupção*, o magistrado sustentou:

> Circunstâncias devem ser valoradas negativamente. A prática dos crimes de corrupção envolveu o pagamento de propinas de pelo menos R$ 1.103.950,12 por intermédio de contratos de publicidade firmados com a Caixa e o Ministério da Saúde, um valor expressivo. As consequências também devem ser valoradas negativamente, uma vez

24. Sobre o tema, imprescindíveis as reflexões de Neumann, um dos mais respeitados analistas do regime nacional-socialista: NEUMANN, Franz. *Behemoth: the structure and practice of national socialism*. Chicago: Dee, 2009, p. 440-458 (*National Socialist Law and Terror*); NEUMANN, Franz. *O Império do Direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 465-485 (*O Império do Direito sob o Nacional-Socialismo*). No Brasil, a teoria jurídica de Neumann é trabalhada por Rodriguez, no ponto específico do Direito sob o nacional-socialismo, RODRIGUEZ, José Rodrigo. *A Fuga do Direito: um estudo sobre o Direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 95-119.

> que o custo das propinas foi arcado pelas entidades públicas, prejudicando-as no mínimo em igual medida do benefício ao condenado. Considerando quatro vetoriais negativas, de especial reprovação, fixo, para o crime de corrupção passiva, pena de quatro anos e seis meses de reclusão. (fl. 50, item 340 da sentença, grifou-se).

É questionável que o valor atribuído à suposta vantagem ilícita decorrente da corrupção seja passível de ser analisado na pena-base. Muito embora os valores aparentemente pagos a título de propina sejam altos – apesar de não estarem entre os mais relevantes distribuídos nas fraudes apontadas na Operação Lava Jato e noticiados pela imprensa –, deve-se indagar, na análise da vetorial, sobre o efetivo prejuízo ao ente público envolvido, notadamente porque a imputação é de um crime contra a administração pública.

Em primeiro lugar, é de se ressaltar que o "valor expressivo", segundo a qualificação do juiz, deveria ter sido objeto de análise das *consequências do crime* e não das circunstâncias em sentido estrito. Embora o equívoco possa parecer uma irregularidade aparente, seus efeitos serão contundentes na proliferação de agravamentos punitivos, situação que deve ser controlada em decorrência do *princípio da proibição do excesso*.

As circunstâncias referidas no Código Penal para a determinação da pena-base dizem respeito aos aspectos exteriores do delito, por isso são classificadas como objetivas, e informam situações relativas ao tempo (*quando*), ao local (*onde*) e ao modo (*como*) de execução do delito. Outrossim,

> para além das questões próprias sobre o momento e o local, a análise das circunstâncias de modo (modus faciendi) é relevante para determinar, p. ex., a razoabilidade no uso dos meios; os distintos níveis de autoria e de participação, no concurso de agentes; a forma de violação do dever de cuidado objetivo nos crimes culposos (imperícia, imprudência ou negligência) e omissivos impróprios; a extensão da execução na tentativa, dentre outras.[25]

Os valores que teriam sido recebidos como propina, em tese fruto da intermediação dos contratos firmados com a Caixa Econômica Federal e o Ministério da Saúde, seriam – e o verbo no condicional é proposital porque a hipótese será problematizada posteriormente – resultados materiais do delito. Seriam, portanto, *consequências* e não *circunstâncias* do delito.

25. CARVALHO, Salo. Op. cit., p. 379.

A confusão configuraria uma mera irregularidade se o magistrado não tivesse inserido, a título de consequências do crime, outros elementos de natureza similar: o custo da propina arcado pela entidade pública.

Em realidade, *o custo da propina em abstrato pago pelo poder público é o resultado natural do delito de corrupção*. Sua natureza é a de *elementar do tipo penal*, motivo pelo qual não poderia ser valorado na pena-base em razão da *violação do princípio da proibição da dupla incriminação*.

O que efetivamente poderia ser valorado como consequências seria a *extensão do dano* (tipicidade material), o que, no caso, se confundiria, na hipótese da decisão judicial condenatória, com os valores que teriam sido recebidos irregularmente por André Vargas.

No entanto, é imprescindível questionar se o valor recebido a título de vantagem ilícita configura um dano efetivo aos entes públicos envolvidos, no caso, Caixa Econômica Federal e Ministério da Saúde. Isto porque o horizonte de projeção indicado pela guia "consequências do crime" é relativo à tipicidade material, ou seja, à extensão da lesão provocada contra o bem jurídico tutelado (administração pública). Lembre-se, portanto, que a imputação não é, p. ex., de fraude ao processo licitatório, no qual haveria um *sobrepreço* na contratação, situação que determinaria um prejuízo ao ente público, que arcaria com uma oneração decorrente de um custo pago pelo serviço acima dos valores de mercado. Nesta hipótese, o valor do contrato e o numerário pago constituem um dano real, um prejuízo concreto, e a extensão deste prejuízo deveria ser valorada como consequência do crime.

Ocorre que, no caso em análise, os valores referidos como indevidos e que seriam decorrentes da intermediação irregular *foram pagos pelas empresas contratadas*, por pessoas jurídicas de direito privado, sem qualquer prejuízo aos entes públicos. A hipótese de valoração desta circunstância fática como consequência do crime somente poderia ocorrer se fosse demonstrado que o preço de contratação estava acima do mercado e que o numerário repassado estava embutido naqueles contratos. Todavia, em nenhum momento da sentença – muito menos na fase de aplicação da pena-base – este vínculo é demonstrado, motivo pelo qual o conteúdo atribuído à circunstância é inválido.

Interessante, ainda, destacar um dado processual que reforça esta hipótese. O Ministério Público instrui a denúncia com o Ofício 0015/2015/DIJUR (informe 17), datado de 16.04.2015, no qual a Caixa Econômica Federal explica que a contratação para adjudicação do objeto ocorreu na modalidade "Melhor Técnica" e remete as explicações requeridas ao acórdão 638 do TCU, referente aos contratos 4131/2008 e 1027/2013 com as agências Borghi e Lowe, no

qual resta esclarecido que o procedimento em relação ao "bônus de volume" era regular – "(...) *de acordo com o dispositivo supratranscrito, a falta de repasse de bônus de volume à Caixa constitui procedimento regular*" (fl. 02, info. 17). O bônus de volume recebido pelas empresas Limiar e LCI adveio das produtoras, em recursos de titularidade das agências (Borghi e Lowe), não da Caixa ou do Ministério da Saúde. Exatamente por esta razão, a denúncia não refere fraude à licitação ou sobrepreço.

10. Em relação ao momento de análise dos valores recebidos como propina, o próprio magistrado "corrige" o local de valoração quando, posteriormente, aplica a pena-base ao *crime de lavagem de dinheiro*.

> *Circunstâncias devem ser valoradas negativamente.* A lavagem, no presente caso, *envolveu especial sofisticação, com a estruturação de duas empresas de fachada, a Limiar e a LSI, com a finalidade exclusiva de receber recursos ilícitos*, havendo emissão de notas fiscais fraudulentas e simulação de que os repasses eram pagamento de bônus de volume. Tal grau de sofisticação não é inerente ao crime de lavagem e deve ser valorado negativamente a título de circunstâncias (a complexidade não é inerente ao crime de lavagem, conforme precedente do RHC 80.816/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1.ª T. STF, un., j. 10.04.2001). *Consequências devem ser valoradas negativamente. A lavagem envolve a quantia substancial de R$ 1.103.950,12. A lavagem de expressiva quantidade de dinheiro merece reprovação especial a título de consequências. Considerando quatro vetoriais negativas, fixo, para o crime de lavagem de dinheiro, pena de cinco anos de reclusão.* (fl. 51, item 340 da sentença, grifou-se).

O destaque em relação ao uso do termo "correção" é no sentido de que efetivamente o julgador reconhece, de forma acertada, na dosimetria da pena da lavagem, que os valores somente poderiam ser analisados como "consequências do crime". No entanto, s.m.j., esta *circunstância poderia ser objeto de apreciação, como consequência, apenas quanto ao crime de corrupção, não em relação à lavagem. E apenas se fosse demonstrado que a propina decorreu de um sobrepreço na contratação.* Explica-se.

Como se sabe, *a estrutura da imputação do delito de lavagem pressupõe um crime anterior.* Mesmo com a alteração operada pela Lei 12.683/2012, que eliminou o critério *numerus clausus* (rol taxativo dos tipos), a *existência de crime antecedente permanece como elementar da lavagem de dinheiro.* Isto porque é um delito derivado ou assessório que pressupõe um delito anterior, assim como a receptação, p. ex.

Mas para além desta elementar típica, o ilícito antecedente deve necessariamente produzir ativos. Nos termos apresentados por Aras,

> qualquer infração penal (e não mais apenas crimes) com potencial para gerar ativos de origem ilícita pode ser antecedente de lavagem de dinheiro. Dizendo de outro modo: a infração antecedente deve ser capaz de gerar ativos de origem ilícita. Infrações penais que não se encaixem neste critério (o de ser um 'crime produtor') não são delitos antecedentes.[26]

Por outro lado, o crime de lavagem, como crime material, por si só também gera lucro. Conforme Luis Eduardo Montealegre Lynett, Procurador Geral da Colômbia,

> a transformação do produto do crime por sucessivos negócios de compra e venda, por exemplo, ou a transformação física da coisa em si, como a transformação de um anel em colar, não afasta a incidência do crime, porque a lavagem é justamente a dissimulação ou a ocultação da origem criminosa do dinheiro, bem ou direito. Nessa linha, também podem ser objeto de lavagem os rendimentos financeiros decorrentes do proveito do crime antecedente.[27]

Assim, parece evidente que os *ativos produzidos pelo crime antecedente são consequências específicas desta conduta e, como tal, devem ser analisadas exclusivamente para a determinação da pena deste ilícito*. Por outro lado, *as consequências econômicas da lavagem dizem respeito aos rendimentos financeiros próprios do processo de ocultação ou dissimulação*. Trata-se de momentos distintos, situação que implica em níveis igualmente distintos de valoração.

*A reanálise das consequências do crime originário no crime de lavagem configura bis in idem exatamente em razão de o ilícito antecedente ser uma elementar típica do consequente*. Trata-se de situação similar àquela da valoração das consequências naturais do delito na aplicação da pena (a redução do patrimônio da vítima nos crimes patrimoniais, p. ex.).

11. Importante referir, ainda, no ponto, que o julgador fez novamente uso de elementares do tipo na valoração da pena-base quando considerou negativas as circunstâncias em sentido estrito, ao justificar que o procedimento de

26. ARAS, Vladimir. A Investigação Criminal na Nova Lei de Lavagem de Dinheiro. *Boletim do IBCCrim*. 2012, vol. 237, p. 05.

27. MONTEALEGRE LUNETT, Luis Eduardo. Estudo Introdutório. *In:* CALLEGARI, André Luis. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Manole, 2004, p. 13.

lavagem havia sido sofisticado em decorrência do uso de empresas ("*estruturação de duas pessoas jurídicas de fachada*"). Logicamente que a sofisticação não é inerente à lavagem, conforme ponderou o magistrado. Mas a pergunta que resta é se este procedimento (abertura de duas empresas para recebimento de recursos ilícitos) é efetivamente sofisticado, mormente quando se trata de lavagem.

A resposta parece ser negativa.

E, no caso, é fundamental que o procedimento apontado como ilícito seja analisado em relação aos demais meios utilizados para lavagem nos casos investigados na Operação Lava Jato. Não foi (e não tem sido) incomum a divulgação, nos meios de comunicação social, de esquemas altamente complexos, como, p. ex., a criação de empresas *offshores* para abertura de contas bancárias em paraísos fiscais. Aliás, este parece ser um dos procedimentos mais comuns, sobretudo para dificultar o rastreamento dos valores.

Em comparação, o *modus operandi* dos acusados é totalmente diverso, quase ingênuo, pois as empresas foram abertas no Brasil e os sócios eram os próprios réus, sem qualquer meio dissimulado de ocultação da titularidade, sem o uso, extremamente comum, p. ex., de "laranjas". Com o devido respeito, a sofisticação anunciada na sentença não corresponde com a realidade e, muito menos, com os delitos análogos investigados na Operação Lava Jato.

### *2.4. Dosimetria da pena-base e da pena de multa. Caso concreto: excesso da pena privativa de liberdade nos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Pena de multa: ausência de fundamentação e desproporcionalidade*

12. Em ambos os delitos o julgador considerou negativas quatro circunstâncias (culpabilidade, personalidade, circunstâncias e consequências do crime), fixando a pena-base em quatro anos e seis meses de reclusão para o crime de corrupção passiva e cinco anos de reclusão para o de lavagem.

Conforme foi exposto, os limites constitucionais impostos pelos princípios da fundamentação, da proibição da dupla incriminação (*ne bis in idem*) e da livre manifestação do pensamento (imunidade material) – todos amparados pelo princípio da secularização, que exclui do julgamento valorações morais que legitimariam um modelo de Direito Penal do autor –, estabelecem as condições de validade para análise das circunstâncias judiciais.

Desta forma, é possível concluir, em primeiro plano, que *houve excesso, a partir de uma ingerência (valoração) indevida, nos critérios judiciais de análise das*

*circunstâncias culpabilidade e personalidade do réu de ambos os delitos imputados,* inclusive porque o argumento foi simplesmente reproduzido *ipsis litteris.*

*Ademais, foi possível perceber a inadequação na análise das circunstâncias em sentido estrito em razão de os dados apontados configurarem consequências e destas serem, em realidade, desdobramentos naturais do injusto, elementares típicas do crime antecedente (no caso da lavagem) ou estarem fora do âmbito de lesão ao ente público envolvido (no caso da corrupção). Conclui-se, portanto, que em relação aos crimes imputados inexistem circunstâncias judiciais negativas a serem valoradas.*

Conforme a metodologia amplamente empregada pela dogmática penal brasileira, guias interpretativas que são respeitadas pela jurisprudência, a pena-base deve variar entre o mínimo e o termo médio (valor de referência que corresponde à divisão pela metade da soma dos mínimos e máximos abstratamente fixados ao crime no preceito secundário do tipo). Assim, no delito de corrupção passiva, a pena-base deveria variar entre 02 (dois) anos (mínimo) e 07 (sete) anos (termo médio). Em razão da consideração de quatro circunstâncias negativas, o julgador determinou quatro anos e seis meses de pena-base.

No entanto, segundo os critérios constitucionais que regulam a aplicação da pena, na análise do caso é possível notar que inexistem circunstâncias processual ou materialmente válidas que permitam um juízo desfavorável.

A pena-base deve, pois, ser necessariamente reduzida.

Outrossim, é consenso na doutrina e na jurisprudência que a pena-base deve ser fixada no mínimo legal em caso de integral concurso ou até mesmo de substancial preponderância de circunstâncias favoráveis. Desta forma, *a pena-base aplicada ao crime de corrupção passiva não poderia distanciar-se do mínimo legal de 02 (dois) anos.*

A propósito, mesmo que fosse indicada validamente uma circunstância negativa, nada impediria que a pena fosse *fixada no mínimo*, pois o sistema de determinação da pena não é regido pela lógica da prova tarifada, negada pelo sistema constitucional (art. 93, inc. IX, Constituição). Sobretudo se esta única circunstância fosse de natureza objetiva, ou seja, uma circunstância não preponderante se utilizado analogicamente o art. 67 do Código Penal.[28]

28. "*Art. 67. No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.*" (Código Penal)

13. Em relação ao *crime de lavagem de dinheiro*, o magistrado seguiu o mesmo raciocínio e, ao valorar negativamente quatro circunstâncias, fixou a pena em cinco anos de reclusão.

O preceito secundário do tipo penal do art. 1.º da Lei 9.613/1998 estabelece a variação da pena privativa de liberdade entre 03 (três) e 10 (dez anos). Assim, a pena-base deveria estar entre o mínimo e o termo médio de 06 (seis) anos e 06 (seis) meses. Nota-se que *mesmo se fossem consideradas válidas as quatro circunstâncias judiciais negativas, a pena estaria nitidamente desproporcional*, sobretudo se for realizada uma análise comparativa com a quantidade de pena-base que o julgador estabeleceu para o crime de corrupção.

Os quatro anos e seis meses fixados para a corrupção indicam que o julgador, em razão da metade das circunstâncias desfavoráveis, procedeu a um cálculo matemático do exato ponto intermediário (médio) entre o mínimo e o termo médio. *Ocorre que mesmo utilizando critérios idênticos para formar o juízo de reprovação, inclusive com a reprodução dos mesmos argumentos, a pena para o crime de lavagem ficou acima deste ponto de equilíbrio, que deveria ser de 04 (quatro) anos e 09 (nove) meses*. Logicamente que a determinação não é tarifada, conforme argumentou-se, mas sendo em prejuízo do réu os limites máximos devem ser respeitados.

O excesso, portanto, é evidente, mesmo se fosse considerado válido o raciocínio judicial.

Todavia, nos termos em que os argumentos foram apresentados, *semelhante ao delito de corrupção, no caso da lavagem não subsiste tecnicamente nenhuma circunstância desfavorável*. Os argumentos acerca da *culpabilidade* e da *personalidade do réu* são evidentemente falhos; as *circunstâncias* apontadas não referem elementos distintos daqueles que compõe o tipo penal; as *consequências* são as do crime antecedente e não as do próprio crime de lavagem.

Portanto, no que diz respeito ao crime de lavagem, a pena-base igualmente deve ser fixada no mínimo legal: 03 (três anos).

14. A imperativa readequação da pena-base produzirá, em decorrência da metodologia utilizada pelo Código Penal, efeitos nas penas provisória e definitiva e, igualmente, determinará uma significativa *redução da quantidade de pena de multa aplicada*.

O *sistema dias-multa* eleito pelo legislador estabelece que a quantidade desta pena é fixada a partir de duas operações. Em *primeiro* lugar, cabe ao juiz definir a quantidade de dias-multa, nos termos do art. 49, *caput*, 2.ª parte, do Código Penal, isto é, deve determinar um número de dias-multa entre os valores mínimo (dez) e máximo (trezentos e sessenta) cominados. O *segundo*

momento é o da definição do valor do dia-multa, nos termos do § 1.º do art. 49, que estabelece que o valor unitário do dia-multa não pode ser inferior a um trigésimo nem superior a 5 (cinco) vezes o maior salário mínimo vigente na data do fato.

Para a determinação da quantidade de dias-multa, o critério de referência é o do juízo de reprovação estabelecido na fixação da pena-base, ou seja, o da análise do conjunto das circunstâncias judiciais que definiu a pena na primeira etapa. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Salomão Schecaira, p. ex., ampliam este entendimento, considerando ser correto englobar as demais circunstâncias que impactam na definição da quantidade final de pena (agravantes e atenuantes; majorantes e minorantes).[29] Mesmo seguindo esse raciocínio, não haverá alteração no caso concreto em decorrência de a pena-base ser a definitiva, exceto pela quantidade de aumento decorrente da continuidade.

Enquanto o número de dias-multa deve ser definido de forma proporcional à pena privativa de liberdade estabelecida, o valor de cada dia-multa tem como referência básica a situação econômica do réu, nos termos do art. 60, *caput*, do Código Penal. Mas o valor igualmente deve ser estabelecido entre um mínimo e um máximo, nos termos do parágrafo primeiro do art. 49 ("*o valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário*").

No caso em análise, porém, o magistrado fixou da seguinte forma a pena de multa: (a) crime de corrupção passiva: oitenta dias-multa, no valor unitário de cinco salários mínimos; (b) crime de lavagem de divisas: cento e dez dias-multa, no valor unitário de três salários mínimos.

A primeira questão relevante é acerca da *total ausência de fundamentação em relação aos critérios de determinação da quantidade e do valor dos dias-multa*. O problema é relevante em razão de o juiz ter utilizado critérios similares para definir a pena-base (privativa de liberdade) nos distintos delitos e aplicar multas totalmente díspares, em sua quantidade e valor. Não restou em nenhum momento explicitado o motivo da definição de oitenta dias-multa, no valor de cinco salários, para a corrupção e cento e dez dia-multa, no valor de três salários, para a lavagem. *A ausência de motivação infere, no segundo momento, a desproporcionalidade*. Note-se que *o valor da multa restou estabelecido no máximo*

29. SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 543; SCHECAIRA, Sérgio Salomão; e CORRÊA JR., Alceu. *Teoria da Pena*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 286.

*para o delito de corrupção e próximo dele para o delito de lavagem, sem qualquer explicitação das razões desta opção.*

Se as penas-base (privativas de liberdade), em decorrência da inexistência de circunstâncias negativas (crime de lavagem) ou da presença de apenas uma vetorial desfavorável (crime de corrupção passiva), devem ser fixadas no mínimo ou próximo deste limite, evidentemente que a *pena de multa deve seguir a mesma orientação (estabelecida no mínimo), sob pena de ocorrer uma variação injustificada na responsabilização penal.*

Por outro lado, parece fundamental que seja igualmente readequado (diminuído) o valor unitário dos dias-multa, em face da ausência de motivação de sua fixação nos patamares máximos. No mínimo – hipótese que se apresenta tão somente por argumento –, deveria ser harmônico para ambos os delitos, fixando-se o valor em três salários.

De qualquer forma, mais evidente que o excesso da pena privativa de liberdade parece ser a *desproporcionalidade da quantidade de dias e dos valores da pena de multa.* Nulidade que é qualificada negativamente em decorrência da total ausência de motivação judicial sobre os critérios formais e materiais que justificariam a medida.

### 2.5. *Atenuante: prisão provisória. Aplicação do art. 66 do Código Penal. Orientação do julgamento da medida cautelar na ADPF 370*

15. Os consulentes indagam se, a partir da análise dos elementos disponibilizados nos autos, seria possível verificar a incidência de alguma circunstância de atenuação da pena.

Embora o julgador não tenha reconhecido nenhuma atenuante, provavelmente em face da leitura estrita das circunstâncias elencadas no art. 65 do Código Penal, o recente julgamento da Medida Cautelar na ADPF 347, pelo Supremo Tribunal Federal, impõe que se estabeleça um olhar que problematize o sistema de aplicação da pena a partir da realidade mesma de sua execução. Não por outra razão, se postula na ADPF, dentre outros pedidos, com o reconhecimento do "*estado de coisas inconstitucional*" da realidade da execução da pena, que os Juízes e os Tribunais

> considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.[30]

30. STF, MC na ADPF 347, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 08.09.2015, Plenário.

Embora o pedido cautelar mencionado, deferido pelo Relator, tenha sido rejeitado pela maioria dos Ministros em decorrência do entendimento de que sua análise demandaria prova e que esta diretriz já estaria prevista de forma genérica, implícita ou explicitamente, no sistema normativo, a Corte Suprema reconheceu o "estado de coisas inconstitucional" e deferiu medidas no sentido de minimizar o impacto das prisões provisórias.

A Corte reconheceu que parte substancial do problema penitenciário brasileiro decorre do uso patológico e da banalização da prisão preventiva, fruto de uma "cultura do encarceramento." Os Ministros sustentam a hipótese referindo dados do próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de que, na atualidade, 41% dos presos são provisórios. Não por outra razão, por unanimidade, o Supremo reforçou o entendimento da necessidade de o CNJ implementar, em escala nacional, as audiências de custódia.

Apesar de o Plenário ter igualmente negado a possibilidade de o tempo da custódia preventiva ser apreciado como critério de aplicação da pena, para além da compensação produzida pela detração, afirmou que o reconhecimento do "estado de coisas inconstitucional" não pode simplesmente ser ignorado na aplicação da pena. Notadamente porque existem parâmetros legais que permitem reduzir a pena judicialmente imposta por força desta circunstância (prisão preventiva).

Rodrigo Duque Estrada Roig, em estudo de referência, constata que

> o reconhecimento dos efeitos nocivos da privação de liberdade é elemento nodal em uma postura de arrefecimento, por parte do juízo aplicador, do quantum penal diante das necessidades particulares do sentenciado, evitando assim a imposição de tratamento impessoal e desumanizado.[31]

Assim, *situações de vulnerabilidade processual, como as hipóteses de prisão preventiva, mormente em casos como o atual em que o condenado respondeu todo o processo preso*, merecem ser valoradas como circunstâncias atenuantes. Dentre as situações de vulnerabilidade processual, destacam-se:

> situações de ausência ou má gestão na administração da justiça criminal ou, ainda, de falta de cuidado processual, como, p. ex., (a) excesso de prazo na prisão provisória; (b) demora na instrução e no julgamento do caso penal; (c) submetimento à prisão

31. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 241.

provisória em processo anterior que tenha resultado em absolvição; (d) descumprimento estatal dos deveres constitucionais de garantia de tratamento humanitário em caso de encarceramento (prisão processual aplicada no processo em julgamento ou prisão definitiva no cumprimento de pena por crime anterior).[32]

Em todos os casos referidos há possibilidade de *incidência do art. 66 do Código Penal (atenuantes inominadas)*: "*a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.*" Registre-se que a tese ganha força e torna viável a aplicação da atenuante em razão desse reconhecimento do "estado de coisas inconstitucional" da execução da pena no Brasil e do excesso injustificado do uso da prisão provisória pelo Poder Judiciário nacional (MS na ADPF 347).

Ao submeter André Vargas à privação de liberdade durante *todo o processo* (a decisão que determina o encarceramento cautelar é de 02.04.2015), cabe ao Judiciário declarar esta situação excepcional, impondo (ao próprio Estado) o ônus do reconhecimento deste abuso através da atenuação da pena. Sobretudo porque "*o emprego de uma atenuante genérica não traduz uma compensação, mas a minimização racional dos efeitos da pena privativa de liberdade que, de forma irrazoável, deixaram de ser contidos* (...)."[33]

### 2.6. *Crime continuado: desproporcionalidade na quantidade de aumento nos crimes de corrupção e lavagem. Quantidade de delitos de lavagem: dependência e vínculo com o crime antecedente. Excesso*

16. Nos termos do art. 71, *caput*, do Código Penal, há continuidade delitiva nas situações em que o autor, mediante mais de uma ação ou omissão (pluralidade de condutas), realiza dois ou mais crimes da mesma espécie (pluralidade de ilícitos) identificados por circunstâncias similares de tempo, local e modo de execução. Em tais situações, o Código Penal cria uma ficção na qual os delitos subsequentes, da mesma natureza e praticados em circunstâncias similares, são entendidos como continuação do primeiro. A consequência é a aplicação de uma única pena, exasperada de 1/6 a 2/3.

Na decisão em análise, o julgador, para o *crime de corrupção*, reconheceu a existência de *três delitos*, argumentando que cada contrato corresponderia a um crime: "*apesar das vantagens indevidas terem sido pagas em dezenas de*

32. CARVALHO, Salo. Op. cit., p. 428.

33. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Op. cit., p. 251.

*transferências, reputo configurado três crimes de corrupção, um para cada contrato de publicidade formalizado entre a Borghi Lowe, a Caixa Econômica Federal e o Ministério da Saúde, o que é uma interpretação mais benéfica aos acusados.*" (fl. 43, item 275, sentença).

O raciocínio do julgador é parcialmente correto. Logicamente, as dezenas de transferências que em tese corresponderiam ao pagamento da propina pela intermediação são etapas do pós-crime, mais identificadas com o exaurimento do que com a sua consumação e, portanto, não passíveis de ser desdobradas e compreendidas como delitos autônomos.

A questão que se coloca, porém, é a de quantos delitos foram cometidos. A indagação é pertinente porque terá consequências na quantidade de aumento da pena pela quantidade.

Do que se pode apreender pelo raciocínio exposto pelo julgador na sentença, a atividade delitiva corresponderia ao pagamento de propina pela intermediação e pelo favorecimento da Borghi Lowe juntos aos órgãos públicos. Com a Caixa Econômica, a intermediação resultou em um contrato; com o Ministério da Saúde, dois. O argumento de configuração dos crimes é o de que

> (...) *a propina foi paga a André Vargas em decorrência de seu cargo e dos poderes formais e informais neles compreendidos e que permitiam que ele dirigisse, na prática, a atuação de setores da Administração Pública.* (fl. 24, item 269, sentença)

E conclui:

> não se trata, portanto, de mero tráfico de influência, mas do pagamento de propina a parlamentar federal com poder de determinar, ainda que ilicitamente e indiretamente, a atuação de agentes da Administração Pública Federal em favor da corruptora. (fl. 24, item 271, sentença)

O número de contratos, firmados, portanto, s.m.j., parece igualmente um desdobramento da atividade ilícita que era a de estabelecer um canal com a Administração Pública. Se correto o raciocínio, e se efetivamente houve o delito atribuído, as condutas que produziram crimes da mesma espécie, realizadas nas mesmas circunstâncias similares de tempo, local e modo de execução, estão vinculadas às *intermediações* entre Borghi Lowe com a Caixa Econômica Federal e o Ministério da Saúde. Seriam, portanto, dois delitos de corrupção contra dois distintos órgãos da Administração Pública.

De qualquer modo, sendo dois (hipótese que se sustenta) ou três (hipótese apresentada na sentença) delitos, a quantidade de *aumento de 1/3* estabelecida

pelo julgador está *equivocada* e é *excessiva*, fugindo dos parâmetros usuais fixados pela doutrina e pela jurisprudência majoritárias.

É de conhecimento geral que a dogmática pátria (doutrina e jurisprudência) definiu critérios objetivos para o aumento de pena em decorrência da incidência da majorante do crime continuado: (a) dois crimes, exasperação de 1/6 sobre a pena provisória; (b) três crimes, aumento de 1/5; (c) quatro crimes, aumento de 1/4; (d) cinco crimes, aumento de 1/3; (e) seis crimes, aumento de 1/2; e (f) sete ou mais crimes, aumento de 2/3. Autores e Tribunais compartilham de forma unânime tais critérios.[34]

Sabe-se que a regra não é absoluta e que o cálculo da pena não é meramente matemático, conforme foi apontado. Todavia, os *critérios objetivos estabelecem um máximo* e não um mínimo e, ao estabelecerem garantias aos réus, devem ser respeitados.

A pena, para os delitos de corrupção, dependendo da quantidade que se fixe como válida (dois ou três), deve ser estabelecida, portanto, até o *máximo de 1/5 sobre a pena provisória*. Embora se entenda que o correto deveria ser a aplicação de *1/6 em face da configuração de dois, e não três, delitos*.

17. Questão mais grave, ainda, se nota na definição do número de crimes e a respectiva quantidade de aumento da pena para a *lavagem de capitais*.

O julgador, *contrariando a regra que anteriormente havia estabelecido para a análise dos crimes de corrupção* (número de contratos), reconheceu a existência de *sessenta e quatro crimes* de lavagem, aumentando a pena no máximo possível (2/3): "*entre todos os crimes de lavagem, reconheço continuidade delitiva. Considerando a quantidade de crimes, sessenta e quatro pelo menos, elevo a pena do crime em dois terços* (...)." (fl. 50, item 340, sentença).

Duas observações são importantes, pois demonstram o equívoco do raciocínio judicial. A *primeira*, de ordem empírica e probatória, é a exposta pelo magistrado na própria condenação pelo crime antecedente, qual seja, se não interessa o desdobramento do pagamento em várias parcelas, mas os contratos

34. Neste sentido, dentre outros, BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 262; DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 143; FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 446; FRANCO, Alberto Silva & STOCO, Rui. *Código Penal e sua Interpretação*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 398; GALVÃO, Fernando. *Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 864; QUEIROZ, Paulo. Op. cit., p. 341; SCHECAIRA, Sérgio Salomão; e CORRÊA JR., Alceu. Op. cit., p. 293.

realizados entre os entes públicos e a empresa Borghi Lowe (contratos que posteriormente geraram a fonte ilícita), igualmente não interessa o número de parcelas de propina pagas pela Borghi Lowe para as empresas LSI Soluções e Limiar Consultoria.

A *segunda*, de natureza dogmática (normativa), é a de que o crime de lavagem está intimamente ligado e é dependente (elementar típica) do delito antecedente (corrupção passiva). Assim, não interessa o procedimento de parcelamento dos valores com a finalidade de ocultação ou dissimulação. O vínculo do delito de lavagem com o crime antecedente determina àquele (lavagem) as mesmas condições do concurso de delitos (crime continuado) aplicadas ao ilícito base (corrupção).

Neste sentido, consumados dois ou três delitos de corrupção ativa, deverão ser *reconhecidos dois ou três delitos de lavagem*, independente da sua forma de exaurimento. O horizonte de projeção do delito de lavagem é predeterminado pelo crime antecedente, pois, como referido, trata-se (a lavagem) de um tipo derivado, parasitário, *sem qualquer autonomia em relação ao que lhe dá sustentação empírica e normativa*. O limite do delito de lavagem, portanto, é aquele estabelecido pelas condições fáticas da conduta que viola o tipo penal do delito antecedente.

A quantidade de aumento aplicável ao *crime de lavagem* deve ser igualmente de *1/6* ou, no máximo, *1/5 sobre a pena provisória*.

### 2.7. *Sentença: exigência da reparação do dano para progressão de regime: requisitos legais. Competência do juizado de execução. Execução penal: cláusula* rebus sic stantibus

18. Indagam, ainda, os advogados, sobre a imposição, pelo juiz sentenciante, de condição objetiva para o condenado progredir de regime: reparação do dano – "*considerando as regras do art. 33 do Código Penal, fixo o regime fechado para o início de cumprimento da pena. A progressão de regime para o crime de corrupção fica, em princípio, condicionada à reparação do dano nos termos do art. 33, § 4.º, do CP.*" (fl. 53, item 340, sentença).

Embora o art. 33, § 4.º, com a redação dada pela Lei 10.763/2003, estabeleça como requisito específico para progressão de regime, nos crimes contra a Administração Pública, a reparação do dano ou a devolução do produto do ilícito praticado, a *competência de análise e a pertinência do cumprimento da exigência legal cabem ao Juiz da Execução*, conforme o art. 66, III, *b* (que fixa a competência do juiz da execução para progressão ou regressão de regime) e o art. 112 (que define os requisitos da progressão) da Lei de Execução Penal.

Mas se cabe ao juiz da execução, conforme o art. 1.º da Lei de Execução Penal, criar as condições para efetivar os mandamentos da sentença, bem como proporcionar meios necessários para o retorno do agente em sociedade, esta *sentença condenatória a ser executada não possui caráter definitivo*. Isto porque todas as decisões em sede executiva estão sujeitas à cláusula *rebus sic stantibus* (teoria da imprevisibilidade), ou seja, os requisitos serão mantidos apenas se as condições fáticas forem igualmente mantidas, sem a superveniência de nenhuma causa modificativa da situação do condenado.

No campo do processo de execução penal, a cláusula *rebus sic stantibus* define o caráter permeável e volátil da sentença condenatória, inclusive em desfavor do condenado – pense-se, p. ex., o sujeito condenado ao regime semiaberto que tem sua pena regredida ao regime fechado por força de condenação, em sede administrativa, por falta grave. A volatilidade da sentença é estabelecida pelos incidentes de execução, institutos que reduzem, substituem, modificam ou extinguem a pena (progressão e regressão de regime, livramento condicional, remição, detração, comutação, indulto, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito ou em medida de segurança dentre outros).

Segundo Sidnei Agostinho Beneti, o título executivo penal fixa a qualidade e a quantidade da pena em virtude da coisa julgada processual penal, "*com a particularidade, embora, de remontar a sentença determinativa, alterável, sob determinações ulteriores, e de, afinal, submeter-se às finalidades do direito penal não punitivo* (...)."[35] O título executivo penal, segue o Ministro,

> (...) sujeita-se à mutabilidade característica da própria sentença penal que o forma e esta, por sua vez, contém intrínseca a cláusula *rebus sic stantibus* em pleno dinamismo, como é característico na sanção penal prescrita pela lei material, o que significa que as providências práticas da execução do título podem ir-se alterando no decorrer da execução penal, em virtude de diversos incidentes (...).[36]

Em decorrência deste *dinamismo do título executivo* e, sobretudo, em respeito à *competência do juiz natural da execução penal*, não parece ser correta a imposição de deveres condicionantes da progressão pelo juiz do processo de conhecimento. No momento adequado, ao juiz da Execução Penal caberá a análise das condições do condenado, determinando os requisitos para flexibilização da pena, inclusive para a progressão.

35. BENETI, Sidnei Agostinho. *Execução Penal*. São Paulo; Saraiva, 1996, p. 51.

36. Idem, ibidem.

## 3. RESPOSTAS AOS QUESITOS

19. A partir do estudo sobre a sentença condenatória, notadamente no que tange à aplicação da pena, e em decorrência das considerações realizadas, passa-se a resposta das indagações feitas pelos advogados consulentes.

No que diz respeito à *pena-base*:

> 1. Quais os limites constitucionais e as consequentes condições de validade para análise das circunstâncias judiciais, sobretudo culpabilidade, personalidade do réu, circunstâncias (em sentido estrito) e consequências?

R: Os limites constitucionais que conferem validade à análise das circunstâncias são estabelecidos pela cadeia de princípios que regulam a individualização da pena. Em termos dogmáticos, a individualização da pena adquire dupla dimensão (material e processual) cuja consequência é a de estabelecer como *constitucionalmente válida apenas a análise judicial das circunstâncias extratípicas que possuam relação direta com a conduta típica imputada, isto é, são passíveis de análise as circunstâncias não elementares que direta ou indiretamente influenciaram o sujeito na dinâmica da conduta ilícita.*

> 2. A partir dos parâmetros traçados, no processo em análise, seria válida a sentença proferida contra o acusado André Vargas? Se negativa a resposta, quais as nulidades presentes na decisão?

R: A sentença analisada apresenta importantes carências técnico-dogmáticas (conceituais) que resultam em significativos déficits de validade constitucional. *As nulidades tópicas da sentença (relativas à determinação da pena) são de ordem material e processual*, concretizadas na violação ao princípio da proibição da dupla incriminação e ao princípio da motivação, decorrentes da *valoração equivocada das circunstâncias culpabilidade, personalidade, circunstâncias (em sentido estrito) e consequências* em ambos os delitos imputados (corrupção e lavagem de dinheiro).

> 3. Em relação aos parâmetros apresentados, a quantidade da pena-base aplicada respeita o princípio da proporcionalidade?

R: O efeito da carência técnica e do desrespeito aos princípios do *ne bis in idem* e da fundamentação é a fixação da quantidade de pena-base além do razoável, muito acima do mínimo legal, em evidente ofensa ao princípio da proibição do excesso (subespécie do princípio da proporcionalidade).

Sobre as penas provisória e definitiva:

4. A partir da análise dos elementos disponibilizados nos autos, é possível verificar a incidência de alguma circunstância de atenuação da pena (pena provisória)?

R: O reconhecimento do "estado de coisas inconstitucional" na ADPF 347, em trâmite no STF, não apenas no que tange às condições prisionais, mas, sobretudo, no que diz respeito ao uso patológico das prisões preventivas, permite que o julgador valore o tempo de prisão provisória como circunstância atenuante da pena definitiva. Trata-se da incidência do art. 66 do Código Penal, que trata das atenuantes inominadas. No caso concreto, é nítido o excesso da medida cautelar, pois o condenado restou preso provisoriamente durante todo o processo, situação que exige que o Estado reconheça o abuso através da atenuação da pena.

5. A quantidade de aumento em decorrência do reconhecimento do crime continuado nos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro respeita o princípio da proporcionalidade?

R: Os critérios de aumento de pena pela incidência do art. 71 do Código Penal, no caso em análise, destoam completamente das diretrizes doutrinárias e jurisprudenciais. Em relação ao crime de corrupção, o número de delitos em tese praticado determina, conforme orientação pacífica, um aumento de pena de 1/6 ou, no máximo, 1/5 sobre a pena provisória. Quanto ao crime de lavagem, entende-se que, por ser um tipo penal parasitário, dependente do principal, a quantidade de aumento deve ser de igual ordem (1/6 ou, no máximo, 1/5 sobre a pena provisória).

Em relação à pena de multa:

6. Em decorrência dos parâmetros traçados para dosimetria da pena-base, a quantidade de multa fixada respeita o princípio da proporcionalidade?

R: A redefinição da pena-base impõe revisão necessária da pena de multa, notadamente porque a quantidade de dias-multa está vinculada à reprovabilidade da conduta, cujo parâmetro é definido pelas circunstâncias judiciais. Outrossim, em relação ao valor dos dias-multa, não há justificativa da opção judicial por valores próximos ao máximo abstratamente cominado, motivo pelo qual a decisão carece de fundamentação.

Quanto ao regime de *pena*:

7. É constitucionalmente válida a imposição da reparação do dano como critério para progressão de regime?

R: A competência para análise dos incidentes quantitativos e qualitativos da execução penal é do Juizado de Execução Penal. Em razão da cláusula *rebus sic stantibus*, que confere dinamismo ao título executivo, é excessiva a imposição de deveres na execução da pena pelo juiz do processo de conhecimento. Outrossim, percebe-se que, no presente caso, não há de se falar em reparação do dano, pois os valores referidos pertenciam à agência e não aos entes públicos, conforme apontado.

20. Após análise do material enviado e dos quesitos propostos pelos consulentes, e apresentadas as considerações de ordem doutrinária, estas são, s.m.j., as respostas que o signatário entende constitucionalmente conformadas.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 30 de outubro de 2015.

*Salo de Carvalho*

Pós-Doutor em Direito Penal (Universidade de Bolonha)

Mestre (UFSC) e Doutor (UFPR) em Direito

Professor Adjunto de Direito Penal da Faculdade Nacional de Direito (UFRJ).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JR., Rui Rosado. *Aplicação da Pena*. 4. ed. Porto Alegre: Ajuris, 2003.

ARAS, Vladimir. A Investigação Criminal na Nova Lei de Lavagem de Dinheiro. *Boletim do IBCCrim*, 2012, vol. 237.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CARVALHO, Salo. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*. Roma: Laterza, 1998.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. A Motivação da Sentença na Aplicação da Pena. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, 1969, vol. 227.

_____. *Lições de Direito Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código Penal e sua Interpretação*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

FRANK, Reinhard. *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidade*. Montevideo: BdF, 2002.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1984.

LYRA, Roberto. *Comentários do Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. 2.

MONTEALEGRE LUNETT, Luis Eduardo. Estudo Introdutório. *In:* CALLEGARI, André Luis. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Manole, 2004.

NEUMANN, Franz. *Behemoth: the structure and practice of national socialism*. Chicago: Dee, 2009.

_____. *O Império do Direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

REALE JR., Miguel *et al. Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *A Fuga do Direito: um estudo sobre o Direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão & Corrêa Jr., Alceu. *Teoria da Pena*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; NUNES, Dierle. Comentário ao Art. 53. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade e Individualização da Pena. *In:* BATISTA, Nilo; e NASCIMENTO, André (orgs.). *Cem Anos de Reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da Pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán: parte general*. 4. ed. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1993.

---

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A aplicabilidade das sanções previstas na Lei Anticorrupção empresarial (Lei federal 12.846/2013): uma análise a partir das fraudes envolvendo o metrô de São Paulo, de Camila Rodrigues Forigo e Oksandro Osdival Gonçalves – *RBCCrim* 115/337-366 (DTR\2015\11461);
- A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma análise exploratória do sistema de justiça federal, de Bruno Amaral Machado, Cristina Zackseski e Rene Mallet Raupp – *RBCCrim* 118/299-329 (DTR\2016\676);
- Lei 12.403/2011 – Estudo jurisprudencial de aplicação das medidas cautelares diversas no âmbito dos Tribunais Superiores: uma abordagem jurimétrica, de Pedro Machado de Almeida Castro – *RBCCrim* 115/109-139 (DTR\2015\11449);
- O princípio constitucional da individualização da pena e sua aplicação concreta pelo STF no caso mensalão, de Guilherme de Souza Nucci – *RT* 933/221 (DTR\2013\3784); e
- Os critérios de aplicação da pena-base no direito penal brasileiro: considerações a partir do julgamento dos embargos infringentes interpostos na APN 470 ("caso mensalão"), de Salo de Carvalho – *RBCCRim* 110/103-121 (DTR\2014\18437).

85939

# Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato"

## *Cooperation agreements and incentives to cooperate in the criminal procedure: a critical analysis of the "Lava Jato Operation"*

**Thiago Bottino**

Pós-Doutor pela Columbia Law School (2014). Doutor (2008) e Mestre (2004) em Direito Constitucional pela PUC/Rio. Professor-adjunto e Coordenador de Graduação da FGV Direito Rio. Professor-adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (Unirio). Membro efetivo da Comissão Permanente de Direito Penal do IAB.
thiago.bottino@fgv.br

**Área do Direito:** Processual; Penal

**Resumo:** O presente artigo aborda os diferentes mecanismos de cooperação no processo penal para, ao final, fazer uma análise crítica de alguns acordos de colaboração premiada firmados no âmbito da "Operação Lava Jato". Descreve-se a evolução histórica dos institutos de colaboração (confissão, delação e colaboração) com seus efeitos no processo penal (atenuante de pena, causa especial de redução de pena e, eventualmente, imunidade penal) para compreender o contexto em que foi introduzida a colaboração premiada. Por se tratar de um mecanismo "premial", que cria incentivos para estimular determinado comportamento do acusado no âmbito do processo penal, afigura-se pertinente um enfoque do instituto com base na análise econômica do direito.

**Palavras-chave:** Colaboração premiada - Delação Premiada - Cooperação no Processo Penal - Operação Lava Jato - Direito Penal Econômico.

**Abstract:** This article discusses the different mechanisms of collaboration between prosecutors and those accused in criminal procedures in order to critically analyze some cooperation agreements under the "Car Wash Operation". It describes the historical development of collaborative doctrines (confession, plea bargaining and cooperation) and its effects in criminal procedures (sentence reduction, special causes for sentence reduction and even criminal immunity) to understand the context in which these cooperation agreements have been introduced to the Brazilian criminal system. Because of its "rewarding" nature, which offers incentives to promote certain types of behavior from those accused in criminal procedure, it seems appropriate to consider this doctrine from the perspective of economic law.

**Keywords:** Cooperation Agreements - Plea Bargaining - Collaboration with the Criminal Procedure - "Lava Jato Operation" - Economic Criminal Law.

Bottino, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato".
*Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 122, p. 359-390, ago. 2016.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Breve histórico das medidas de cooperação no direito penal brasileiro – 2.1. Os primeiros anos da legislação brasileira: inexistência de benefícios para a confissão – 2.2. A confissão na reforma penal de 1984: causa atenuante da pena – 2.3. A delação premiada nos crimes em coautoria: causa especial de redução da pena – 2.4. A colaboração premiada: introdução da barganha no sistema penal brasileiro – 3. Análise crítica da colaboração premiada na "operação lava jato" – 4. A colaboração premiada e os incentivos à cooperação – 5. Conclusão – Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO[1]

O incentivo dado a suspeitos e/ou acusados no processo penal é um instrumento de investigação capaz de assegurar maior eficiência às investigações, sobretudo de crimes tradicionalmente "invisíveis", dos quais são exemplos os crimes praticados por organizações criminosas e os crimes econômicos. Com a edição da Lei 12.850/2013, o sistema penal brasileiro passou a prever uma nova modalidade de colaboração no processo penal denominada "colaboração premiada", diferente dos mecanismos da delação premiada e da confissão. Dentre as inovações trazidas pela colaboração premiada está uma inédita imunidade penal, que impede a persecução penal do suspeito colaborador.

O presente artigo inicia descrevendo a evolução histórica dos diferentes mecanismos de colaboração no sistema penal brasileiro (confissão, delação premiada e colaboração premiada) a partir dos diferentes incentivos oferecidos aos agentes que cooperam. Demonstrar-se-á que esses institutos têm nítido caráter "premial", ou seja, são incentivos criados pelo legislador para dar maior eficácia à tutela penal e reduzir os custos de investigação e produção probatória.

Com efeito, a colaboração do indivíduo objeto da investigação ou persecução penal pode ser estimulada pelo ordenamento jurídico, seja a partir de "incentivos positivos" ao acusado que coopera (como a redução da pena e outros benefícios relacionados à execução penal), seja a partir dos "incentivos negativos" àqueles que não cooperam (de que são exemplos o aumento de pena ou tratamento desvantajoso e a criminalização da autoacusação falsa).

Tais incentivos podem estar previstos tanto nas regras de direito penal material, como nas regras de direito processual penal e passaram a ser mais utili-

1. Agradeço a Gabriel Borges Mariano, João Marcelo da Costa e Silva Lima e Lucca Souto Machado Ribeiro do Nascimento os comentários críticos e sugestões à versão inicial desse texto.

zados a partir da década de 80, do século XX, e com a promulgação da Constituição de 1988.

A descrição da evolução dos institutos de colaboração tem por finalidade permitir uma análise sobre a efetividade do instituto, com apoio na análise econômica do direito. Em resumo, busca-se avaliar se o instituto da colaboração premiada apresenta um equilíbrio adequado entre tais incentivos, no sentido de evitar colaborações não verdadeiras, parcialmente verdadeiras, ou ainda que não apresentem elementos úteis ao processo penal.

No entanto, não será considerado apenas o texto da lei, mas também a realidade prático-jurídica que cerca o instituto, pois a interpretação que o Poder Judiciário dá às normas textuais da legislação é que conformam a plena eficácia do instituto.

Nesse sentido, serão examinados três acordos de colaboração premiada firmados no âmbito da "Operação Lava Jato" já tornados públicos a fim de se avaliar criticamente como vem sendo utilizado o instituto.

## 2. BREVE HISTÓRICO DAS MEDIDAS DE COOPERAÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O incentivo à cooperação do acusado com o Estado no processo penal constitui fenômeno recente no sistema brasileiro. Desde a independência, em 1822, foi somente no século XX, em meados da década de 80, que o primeiro instituto dessa natureza, a confissão, foi introduzido em nosso sistema penal com a finalidade de estimular que o acusado se autoincriminasse.

Em seguida, a partir da década de 90, leis esparsas passaram a prever um novo instituto, que, posteriormente, veio a ser denominado "delação premiada". Essa modalidade diferenciada de cooperação (com maiores benefícios e maiores exigências no grau de cooperação) foi consolidada no final da década de 90 do século passado. Por fim, foi só bem recentemente, em 2013, que o legislador incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro uma terceira espécie de medida de cooperação: a colaboração premiada.

A jurisprudência dos tribunais brasileiros no período pré-1988 aplicava aumentos de pena e impunha regimes de cumprimento mais severos quando o réu não cooperava (mentia ou negava a verdade). Antes da promulgação da Constituição, os tribunais também admitiam que a não cooperação (permanecer em silêncio) fosse utilizada como fundamento para uma sentença condenatória e decretavam medidas cautelares como meio de obter as declarações do acusado ou suspeito.

Com a promulgação da Constituição de 1988 e a incorporação, no catálogo de garantias fundamentais, da garantia de vedação de autoincriminação constante do art. 5.º, LXIII (assim redigido: "O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado"), seria de se esperar uma mudança imediata. Entretanto, foi principalmente a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) que se alterou a interpretação sobre a atuação do acusado no processo penal.

Como os incentivos à cooperação constituem elementos recentes na tradição jurídica brasileira, é prudente traçar um breve histórico de sua evolução no sistema penal, a fim de que se possa contextualizar sua utilização.

### *2.1. Os primeiros anos da legislação brasileira: inexistência de benefícios para a confissão*

Nos primórdios do Estado brasileiro, a legislação, tanto processual, como material, não previa incentivos (positivos ou negativos) à cooperação do acusado. De fato, nosso primeiro Código Criminal, editado em 16.12.1830,[2] pelo Imperador Dom Pedro I, não dispunha sobre qualquer benefício para o réu que confessasse os fatos criminosos de que fosse acusado.[3] Igualmente, o Código de Processo Criminal editado em 29.11.1832[4] pela Regência Trina Permanente, não dispunha sobre qualquer benefício para o acusado colaborador.

A reforma do Código de Processo Criminal, realizada em 03.12.1841, pouco depois da coroação do Imperador D. Pedro II, não trouxe qualquer alteração nos regimes do interrogatório e da confissão.

A primeira legislação republicana sobre o tema, o Decreto 847, de 11 de outubro de 1890, que instituiu regras gerais sobre processo penal, incorporava o princípio da inviolabilidade da defesa. Inspirado nos valores republicanos e

2. Embora sancionado em dezembro de 1830 pelo Imperador, o Código Criminal foi aprovado pela Assembleia em 07.01.1831, daí a razão para que ora ele seja referido como "Código de 1830", ora como "Código de 1831".
3. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm]. Acesso em 05 dez. 2015.
4. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm]. Acesso em 05 dez. 2015.

herdeiro da tradição iluminista, o Código Republicano buscava afastar a confissão como o meio de prova mais importante no processo penal.[5]

Logo após a Revolução de 1930, o então Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, Getúlio Vargas, decidiu alterar o Código Penal Brasileiro de 1890 e editou a Consolidação das Leis Penais (Dec. 22.213, de 14.12.1932) que, tal como o Código que vinha substituir, não dispôs sobre qualquer espécie de incentivo para que o acusado cooperasse com a parte acusatória, confessando o crime.

Pouco tempo depois, a ditadura do Estado novo, instaurada em 1937, veio estabelecer um regime autoritário no Brasil. Nesse contexto, ao lado da Constituição outorgada de 1937, os dois atos legislativos mais representativos do regime de inspiração fascista foram a edição do Código Penal em 07.12.1940 (CP 1940) e do Código Processual Penal de 1941 em 03.10.1941 (CPP 1941).[6] Os três textos tiveram como seu principal redator Francisco Campos, Ministro da Justiça do Governo provisório, conhecido por seus ideais autoritários.[7]

5. Como se vê do seguinte trecho da exposição de motivos, redigida pelo Ministro dos Negócios da Justiça, Campos Salles: "No empenho de rodear das mais solidas garantias a liberdade individual, e de assegurar a imparcialidade do julgamento, entre as providencias mais salutares ficou estabelecido um limite para o interrogatorio dos accusados. Com effeito, nada póde ser mais prejudicial á causa da justiça, do que este duello pungente, de argucias e subtilezas, de subterfugios e ciladas, que commummente se vê travado em pleno tribunal, entre o juiz e o acusado, e em que, não raro, aquelle que devera ser o orgão circumspecto e severo da austera magestade da lei, tem no emtanto como o mais appetecido triumpho a confissão do accusado extorquida á força de uma sagacidade criminosa". Disponível em: [http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049]. Acesso em 05 dez. 2015.

6. Não obstante as diferentes datas de decretação, os dois Códigos entraram em vigor no mesmo dia 01.01.1942, como se vê dos arts. 361, do CP/1940 e 810, do CPP/1941.

7. Francisco Campos era "um dos mais importantes ideólogos da direita no Brasil, aprofundando suas convicções antiliberais e passando a defender explicitamente a ditadura como o regime político mais apropriado à sociedade de massas" (...) "Em 1964, participou das conspirações contra o governo do presidente João Goulart. Após a implantação do regime militar, voltou a colaborar na montagem de um arcabouço institucional autoritário para o país, participando da elaboração dos dois primeiros Atos Institucionais baixados pelo novo regime (AI-1 e AI-2) e enviando sugestões para a elaboração da Constituição de 1967". Disponível em [http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/biografias/francisco_campos]. Acesso em 05 dez. 2015. Sobre o tema, veja-se ainda MALAN, Diogo. *Ideologia política de Francisco Campos:* influência na legislação processual brasileira (1937-1941). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

A redação original do CP/1940 previu, pela primeira vez, a confissão como circunstância atenuante que deveria ser considerada pelo juiz no momento de aplicação da pena. Contudo, somente atenuaria a pena a confissão de crime que já não fosse imputado ao réu:

> Art. 48. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...)
>
> IV – ter o agente: (...)
>
> *d)* confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, ignorada ou imputada a outrem.

Não se tratava, portanto, do instituto da confissão como é hoje, em que o suspeito ou acusado reconhece os fatos a ele imputados, mas sim de outra espécie de cooperação, voltada a evitar erros judiciários e a reduzir os cursos do Estado na identificação de autoria de um crime de autor desconhecido. Não obstante, tratava-se de mecanismo destinado a incentivar a cooperação, concedendo benefícios em troca de informações, como leciona Roberto Lyra:

> Não é necessária indagação sobre os móveis da confissão, concedendo-se a atenuante, quer o agente se apresente por temer a descoberta da autoria ou a sua justa imputação, quer pelo sincero arrependimento e pela ânsia de sofrer a reação defensiva da sociedade.[8]

Em sintonia com a mudança do CP/1940, o CPP/1941 também previu benefícios àquele que confessasse o crime de autoria ignorada ou imputada a outrem, permitindo que o réu fosse colocado em liberdade no caso de sentença absolutória antes mesmo de julgada a apelação,[9] numa época em que os acusados, em regra, respondiam presos até o trânsito em julgado da sentença absolutória, diferentemente de hoje, em que a regra é a liberdade, não a prisão.

O caráter utilitário do instituto foi, inclusive, objeto de exame pelo STF, em situação na qual um acusado buscava obter o benefício de apelar em liberdade por ter cooperado. Contudo, assim como a atenuante da confissão, a colocação

8. LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1955. *Vol. II*, p. 382. O mesmo autor colaciona uma série de julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Tribunal de Apelação do Distrito Federal rejeitando a aplicação da atenuante quando o acusado foi preso em flagrante ou quando jamais houve dúvidas acerca de sua autoria.

9. "Art. 318. Em relação àquele que se tiver apresentado espontaneamente à prisão, confessando crime de autoria ignorada ou imputada a outrem, não terá efeito suspensivo a apelação interposta da sentença absolutória, ainda nos casos em que este Código lhe atribuir tal efeito". CP/1941. Disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm]. Acesso em 05 dez. 2015.

em liberdade do réu confesso não era aplicada nos casos em que a autoria era conhecida e a colaboração era inócua.

> *Habeas corpus*. O art. 318 do Código de Processo Penal exige dois requisitos para sua incidência: confissão de crime de autoria ignorada ou que o crime haja sido imputado a outrem. O benefício do art. 318 está excluído para o confidente que logo após a prática do delito se acusa perante a autoridade. O crime praticado no caso dos autos não se cercou de nenhuma dúvida quanto à autoria, de tal modo que a apresentação mesmo espontânea do delinquente não representou auxílio, nos termos em que a lei o qualifica, à ação da polícia ou da justiça criminal. RHC 44831, STF, 3.ª T., rel. Min. Hermes Lima, j. 10.11.1967.

A guinada conservadora do país iniciada em 1937, com a instalação de uma ditadura, ensejou a busca pela prova na pessoa do suspeito ou acusado, fazendo com que o interrogatório assumisse um papel central no processo penal regulado pelo CPP 1941.

Dentre as regras que sustentam essa afirmação estavam (1) a transformação do interrogatório como primeiro ato processual (art. 394, CPP/1941, hoje com a redação alterada); (2) a dispensabilidade de presença de advogado no ato; e (3) a previsão de que o silêncio do acusado (ou seja, a opção por não cooperar com a parte acusatória) pudesse ser utilizado como elemento de convicção do juiz (art. 198, CPP/1941), evidenciando o objetivo do regime autoritário de transformar o interrogatório em meio de prova.[10]

10. "O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da certeza legal. Atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas, complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer a final, antes de proferir a sentença. (...) Outra inovação em matéria de prova diz respeito ao interrogatório do acusado. Embora mantido o princípio de que *nemo tenetur se detegere* (não estando o acusado na estrita obrigação de responder o que se lhe pergunta), já não será esse termo do processo, como atualmente, uma série de perguntas predeterminadas, sacramentais, a que o acusado dá as respostas de antemão estudadas, para não comprometer-se, mas uma franca oportunidade de obtenção de prova". Texto do Ministro Francisco Campos na Exposição de Motivos do Dec.-lei 3.689/1941, publicada no *DOU* em 13.10.1941. O Código de Processo Penal de 1941 não foi votado pelo Congresso Nacional, mas tornado lei por Getúlio Vargas que, na época, chefiava a ditadura do Estado Novo.

### *2.2. A confissão na reforma penal de 1984: causa atenuante da pena*

Foi somente com a reforma penal de 1984, trazida pela Lei 7.209/1984, conhecida como "Nova Parte Geral do Código Penal", que a cooperação do acusado na investigação do crime a ele imputado passou a ser incentivada. A atenuante da confissão, prevista no art. 65, II, *d*, com redação válida até hoje, deixou de ser aplicada para quem confessasse crime imputado a outrem ou a pessoa desconhecida, e passou a beneficiar qualquer acusado que se autoincriminasse:

> Art. 65 – São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...)
>
> III – ter o agente: (...) *d)* confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime.

Essa opção de política criminal foi expressamente mencionada na exposição de motivos da Lei 7.209/1984, redigida pelo então Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel, publicada no *DOU* de 13.07.1984:

> Beneficia-se, como estímulo à verdade processual, o agente que confessa, espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, sem a exigência, em vigor, de ser a autoria 'ignorada ou imputada a outrem'.

Veja-se, portanto, que o conceito corrente de confissão (declarações prestadas oficialmente no curso de investigação ou instrução penal, contrárias aos interesses de quem as fornece),[11] largamente empregado hoje no discurso jurídico, somente assumiu a atual conformação no direito brasileiro há cerca de 30 anos.

Desde então, a jurisprudência do STF estabeleceu os contornos desse novo instituto, sobretudo no que toca à sua natureza. Embora, inicialmente, com a modificação do Código Penal em 1984, o STF exigisse que a concessão da atenuante de confissão (CP/1940, art. 65, III, *d*) viesse acompanhada do arre-

11. "Confessar, no âmbito do processo penal, é admitir contra si, por quem quer que seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso" (NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 81).

pendimento moral do acusado,[12] a partir de 2003 iniciou-se uma mudança na jurisprudência do STF.[13]

Com efeito, hoje pode-se afirmar que o STF reconhece a finalidade instrumental e utilitária da confissão. Em vez de se averiguar a finalidade que move o agente, deve-se perquirir apenas se a confissão trouxe resultados úteis ao processo, entendidos como o reconhecimento, na decisão judicial, que a confissão serviu de base para a sentença condenatória.

12. Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados: "A simples confissão da pratica do crime, sem exame do motivo da confissão, não conduz a atenuação da pena". HC 65.286, STF, 1.ª T., Rel. Min. Oscar Correa, julgado em 28.08.1987; "O simples fato objetivo da confissão do crime não implica atenuação da pena. Importa perquirir o motivo da confissão". HC 69.048, STF, 2.ª T., rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 31.03.1992; "A confissão, por si só, não é circunstância atenuante, cabendo considerar os seus motivos, de forma a permitir correta avaliação do arrependimento sincero, da lealdade processual etc". HC 76.938, STF, 2.ª T., rel. Min. Mauricio Correa, julgado em 05.05.1998; "À caracterização da confissão espontânea devem concorrer os requisitos objetivos e subjetivos. A simples confissão, sem a demonstração de arrependimento, não garante a atenuação da pena a tal título". HC 84.026, STF, 1.ª T., rel. Min. Eros Grau, julgado em 03.08.2004.

13. "A confissão espontânea, ainda que parcial, é circunstância que sempre atenua a pena, *ex vi* do art. 65, III, *d*, do Código Penal, o qual não faz qualquer ressalva no tocante à maneira como o agente a pronunciou. Nesta parte, merece reforma a decisão condenatória". HC 82.337, STF, 1.ª T., rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 25.02.2003. "A circunstância atenuante pertinente à confissão espontânea, ainda que parcial, é aplicável àquele que confessa a autoria do crime independentemente da admissão do dolo ou das demais circunstâncias narradas na denúncia". HC 99.436, STF, 1.ª T., rel. Min. Carmen Lucia, julgado em 26.10.2010; "A criação de injustificados embaraços para sonegar do acusado a sanção premial da atenuante é, de certa forma, assumir perante ele reação de deslealdade (esse vívido conteúdo do princípio que, na cabeça do art. 37 da Constituição, toma o explícito nome de moralidade). Isso, é claro, naquelas situações em que as declarações prestadas perante a autoridade policial ou perante o magistrado de primeiro grau embasam a condenação (em conjunto com as provas produzidas sob o contraditório)". HC 109.928, STF, 2.ª T., rel. Min. Ayres Britto, julgado em 04.10.2011; "A confissão espontânea é ato posterior ao cometimento do crime e não tem nenhuma relação com ele, mas, tão somente, com o interesse pessoal e a conveniência do réu durante o desenvolvimento do processo penal, motivo pelo qual não se inclui no caráter subjetivo dos motivos determinantes do crime ou na personalidade do agente". HC 115.994, STF, 2.ª T., rel. Min. Carmen Lucia, julgado em 02.04.2013.

Por fim, o caráter utilitário, instrumental ou "premial" da confissão se revela também nos casos em que a confissão é apenas parcial[14] (quando uma parcela dos fatos é objeto da confissão), quando há retratação da confissão[15] (quando o réu confessa em sede policial, mas se retrata em juízo e nega os fatos), quando há prisão em flagrante[16] (a indicar a desnecessidade da confissão para apuração da autoria e materialidade) e, ainda, nos casos de confissão qualificada[17] (quando o réu reconhece parcialmente os fatos, buscando obter melhoria na sua situação processual).

### *2.3. A delação premiada nos crimes em coautoria: causa especial de redução da pena*

Uma das primeiras leis penais editadas na vigência do novo regime democrático, a Lei 8.072/1990, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos (LCH), modificou o regime de cooperação penal, ao introduzir uma causa especial

14. "Em se tratando de parcial confissão dos fatos narrados na denúncia, mostra-se proporcional e adequada a fração mínima (1/5) estabelecida a título de atenuante (art. 72, III, *d*, do CPM)". HC 109.545, STF, 2.ª T., rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 16.12.2014.

15. "A confissão extrajudicial retratada em Juízo constitui circunstância atenuante (alínea *d* do inc. III do art. 65 do CP), quando embasar a sentença penal condenatória. O que se deu no caso concreto". HC 91.654, STF, 1.ª T., rel. Min. Ayres Britto, julgado em 08.04.2008.

16. "A atenuante da confissão espontânea é inaplicável às hipóteses em que o agente é preso em flagrante, como no caso sub judice. Precedentes: HC 101861/MS, rel. Min. Marco Aurélio, 1.ª T., *DJ* de 09.05.2011; HC 108148/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª T., *DJ* de 01.07.2011". HC 102.002, STF, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, julgado em 22.11.2011.

17. "Firme é a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que não se aplica a atenuante da confissão espontânea para efeito de redução da pena se o réu, denunciado por tráfico de droga, confessa que a portava apenas para uso próprio. Neste sentido, dentre outros, *Habeas Corpus* 73.075, Rel. Ministro Maurício Corrêa, *DJ* 12.3.1996; 71.903, Rel. Ministro Néri da Silveira, *DJ* 09.08.1996". HC 94.295, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, julgado em *03.06.2008. No mesmo sentido:* HC 108.148/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, *DJe* 01.07.2011; HC 113.681, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.06.2013; HC 103.172/MT, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, *DJe* de 24/09/2013; e, HC 119.671, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 05.11.2013.

de redução de pena,[18] mecanismo muito mais benéfico do que a atenuante da confissão:

> Art. 8.º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal,[19] quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.
>
> Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

A LCH caracterizou-se como medida de política criminal de recrudescimento penal, com aumento de penas, diminuição de benefícios (como liberdade provisória e progressão de regime) e, paralelamente, maiores incentivos aos acusados que cooperassem.[20] A finalidade de "recompensar" os delatores, criando incentivos positivos muito mais fortes do que aqueles da confissão foi reconhecida pelo STF:

> Devido ao incremento da criminalidade violenta e organizada, o legislador passou a instrumentalizar o juiz em medidas e providências tendentes a, simultaneamente, permitir a prática dos atos processuais e assegurar a integridade físico-mental e a vida das pessoas das testemunhas e de coautores ou partícipes que se oferecem para fazer

18. As circunstâncias atenuantes estão previstas nos arts. 65 e 66 do CP, não têm o *quantum* reducional pré-fixado e não podem reduzir a pena abaixo do mínimo legal (verbete 231, da súmula do STJ, limitação que vem sendo questionada por parte da doutrina). Já as causas especiais de redução de pena estão dispostas na parte geral e na parte especial do CP, têm seu *quantum* pré-determinado – em certos casos o magistrado goza de discricionariedade para reduzir de um a dois terços, por exemplo – e podem levar a pena abaixo do mínimo legal.

19. Na época da edição da Lei, o crime previsto no art. 288 do CP 1940 era o crime de quadrilha ou bando ("Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes"), com pena de 1 a 3 anos de reclusão. Atualmente, o nome do crime foi alterado para associação criminosa ("Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes"), com a mesma pena.

20. A Lei de Crimes Hediondos foi objeto de inúmeros questionamentos, logo após sua edição, sofreu diversas alterações e teve dispositivos considerados inconstitucionais (O STF, no julgamento do HC 111.840, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 27.06.2012, declarou a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da LCH por este ir ao encontro da garantia constitucional da individualização da pena ao estabelecer que a pena, nos casos de crime hediondo, seria integralmente cumprida em regime fechado).

> a delação premiada. HC 90.312, STF, 2.ª T., rel. Min. Ellen Gracie, j. 02.09.2008.[21]

A delação premiada foi, pouco tempo depois, reproduzida por ocasião da edição da Lei 9.034/1995, nosso primeiro diploma legal contra organizações criminosas, conhecida como Lei do Crime Organizado (LCO).[22]

> Art. 6.º Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.[23]

Ainda sem o *nomen juris* "delação premiada", o instituto já se desenhava no ordenamento jurídico brasileiro. Como os incentivos eram maiores dos que o da confissão (redução de até dois terços da pena), exigia-se que além do reconhecimento dos fatos imputados, houvesse a indicação de outros autores e o desmantelamento da quadrilha (no caso da LCH), o esclarecimento de infrações penais e sua autoria (no caso da LCO) ou a facilitação da libertação do sequestrado (no caso do crime previsto no art. 159, do CP/1940).

Ainda no ano de 1995, a Lei 9.080/1995 introduziu alterações nas Leis 7.492/1986 (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional)[24] e

---

21. No mesmo sentido: "A partir do momento em que o Direito admite a figura da delação premiada (art. 14 da Lei 9.807/1999) como causa de diminuição de pena e como forma de buscar a eficácia do processo criminal, reconhece que o delator assume uma postura sobremodo incomum: afastar-se do próprio instinto de conservação ou autoacobertamento, tanto individual quanto familiar, sujeito que fica a retaliações de toda ordem. Daí porque, ao negar ao delator o exame do grau da relevância de sua colaboração ou mesmo criar outros injustificados embaraços para lhe sonegar a sanção premial da causa de diminuição da pena, o Estado-juiz assume perante ele conduta desleal. Em contrapasso, portanto, do conteúdo do princípio que, no caput do art. 37 da Carta Magna, toma o explícito nome de moralidade." HC 99.736, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 27.04.2010.
22. Assim como a LCH, a LCO sofreu questionamentos em razão de sua constitucionalidade no STF, embora não na parte que tratou da causa especial de redução de pena (ADI 1570, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Mauricio Correa, julgada em 12.02.2004).
23. Alteração semelhante foi incluída no CP/1940, válida, porém, apenas para o crime de extorsão mediante sequestro: "Art 159, § 4.º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços".
24. "Lei 7.492/1986. Art. 25, § 2.º – Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços".

8.137/1990 (Lei que define os Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo),[25] prevendo o mesmo tipo de incentivo à cooperação.

A evolução histórica da delação premiada prossegue com a edição da Lei 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro).[26] Se, até então, os benefícios se limitavam à pena, com menor (atenuante da confissão) ou maior (delação premiada) percentual de redução, a Lei de Lavagem de Capitais ampliou essa a possibilidade para a substituição da pena corporal por outra mais leve e até mesmo para a isenção total de pena (perdão judicial). E, pela primeira vez, adentrou na seara da execução penal, ao permitir regime de cumprimento diverso daquele que seria aplicado, e a possibilidade de cumprimento de pena em dependência separada dos demais acusados (quando em regime de prisão cautelar).

O ciclo da delação premiada se encerra com a edição da Lei 9.807/1999, que tratou do sistema de proteção às testemunhas no Brasil, com um capítulo especificamente dedicado à proteção dos acusados que cooperassem com a parte acusatória, ampliando a possibilidade de redução de um a dois terços da pena ou perdão judicial para qualquer autor de crime que reconhecesse sua participação (confissão) e de cuja cooperação resultasse: (a) a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; (b) a localização da vítima com vida (possibilidade de perdão judicial) ou com sua integridade física preservada (redução de pena); e (c) a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Assim como ocorreu com a confissão, tanto a doutrina como a jurisprudência trataram de pacificar as principais controvérsias acerca da delação premiada. A primeira questão dizia respeito à sua eficiência como meio de investigação, com um grau de exigência superior ao da simples confissão. Em outras palavras, não basta, para que o acusado receba o benefício, que apenas pres-

25. "Lei 8.137/1990. Art. 16, parágrafo único – Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços".

26. "Art. 1.º, § 5.º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime" (grifou-se).

te depoimentos acusando outros coautores. É necessário que, a partir dessa cooperação, sejam identificadas provas que embasem a decisão judicial, como demonstra o exame da jurisprudência do STF.[27] A segunda questão dizia respeito ao valor probatório das declarações do delator. Quando do julgamento da Ação Penal 470, o STF entendeu que as palavras do delator não constituem elemento de prova e que delatores não podem ser considerados testemunhas compromissadas com a verdade, mas simples informantes.[28]

27. "Não incidência do art. 13, da Lei 9.807/99, em favor do paciente. A efetiva e voluntária colaboração de agente do crime para a investigação e processo penal deve resultar na identificação dos coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com integridade física preservada ou na recuperação total ou parcial do produto do crime. Na estreita via do habeas corpus, não há condições de se valorar os elementos colhidos durante a fase policial, bem como aqueles obtidos durante a instrução processual, somente podendo o juiz da causa aferir a incidência (ou não) da causa de extinção da punibilidade do agente consistente no perdão judicial". HC 89.847, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 10.06.2008. No mesmo sentido, vejam-se os sucessivos: HC 101.436, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 09.03.2010; RHC 107759, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 18.10.2011; AI 820480, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 03.04.2012; HC 114.388, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 18.06.2013; HC 119.976, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.02.2014; HC 127.221, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em *25.08.2015. Relativamente à eficiência, vejam-se:* "As instâncias ordinárias concluíram que o paciente não envidou esforços suficientes para a identificação dos demais coautores ou partícipes do grupo criminoso, não preenchendo os requisitos necessários à aplicação da minorante prevista no art. 14 da Lei 9.807/1999". HC 109.403, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 10.12.2013 *e* "A delação voluntária de outros implicados, sem formalização de acordo com a acusação, não impede o oferecimento da denúncia. Eventuais benefícios pela colaboração serão avaliados na fase de julgamento". Inq 3204, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 23.06.2015.

28. "O fato de não terem sido denunciados nestes autos não retira dos envolvidos a condição de co-réus. Daí a impossibilidade de conferir-lhes a condição de testemunhas no feito. De todo modo, por não terem sido ouvidos na fase do interrogatório judicial, e considerando a colaboração prestada nos termos da delação premiada que celebraram com o Ministério Público, é perfeitamente legítima sua oitiva na fase da oitiva de testemunhas, porém na condição de informantes". AP 470, Terceira Questão de Ordem, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 23.10.2008. "O sistema processual brasileiro não admite a oitiva de co-réu na qualidade de testemunha ou, mesmo, de informante, como quer o agravante. Exceção aberta para o caso de co-réu colaborador ou delator, a chamada delação premiada, prevista na Lei 9.807/1999. A hipótese sob exame, todavia, não trata da inquirição de acusado colaborador da acusação ou delator do agravante, mas pura e simplesmente da oitiva de

## 2.4. *A colaboração premiada: introdução da barganha no sistema penal brasileiro*

A colaboração premiada instituída pela Lei 12.850/2013 vai além da delação premiada naquilo que exige do suspeito ou acusado colaborador, mas, sobretudo, naquilo que oferece em troca de sua cooperação.

Para poder usufruir do benefício, a lei estabelece as seguintes condições ao acusado que coopera (art. 4.º, da Lei 12.850/2013): (1) que a colaboração seja voluntária; (2) que a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso recomendem a celebração do acordo; e, (3) que a colaboração seja efetiva, assim entendida como aquela que produziu um ou mais dos seguintes resultados:

I) a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III) a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV) a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V) a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

As diferenças entre a colaboração e a delação, no que tange aos deveres do réu que coopera, estão, portanto, relacionadas às características do crime de organização criminosa (itens II e III, acima). Por se tratar de uma organização criminosa (a colaboração premiada só se aplica para esse tipo de crime), presume-se uma estabilidade associativa para a prática de crimes que poderão ser evitados e exige-se a revelação de como essa organização criminosa está estruturada internamente.

Já os benefícios oferecidos (art. 5.º, Lei 12.850/2013) vão muito além da redução de um a dois terços da pena e do perdão judicial, já constantes da delação premiada, incluindo:

---

co-denunciado. Daí por que deve ser aplicada a regra geral da impossibilidade de o co-réu ser ouvido como testemunha ou, ainda, como informante. Agravo regimental não provido". AP 470, Sétimo Agravo Regimental, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 18.06.2009.

I) a possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia se o colaborador (1) não for o líder da organização criminosa e (2) for o primeiro a prestar efetiva colaboração;

II) a possibilidade de que a colaboração ocorra após a sentença, caso em que se oferece a redução da pena até a metade e a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos;

III) o direito de cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.[29]

Além da imunidade à persecução penal,[30] a principal inovação em relação aos institutos anteriores não está propriamente no tipo de benefício oferecido pela lei, mas sim na forma como ocorre a colaboração.

Ao contrário da delação, a colaboração premiada é realizada por meio de um acordo escrito, subscrito pelos representantes da parte acusatória, pelo suspeito ou acusado e seu defensor, e homologado pelo juiz. Esse é um grande diferencial em termos de incentivo ao criminoso que colabora, pois tanto as confissões como a delação trazem uma grande margem de incerteza no tocante ao benefício exato que será recebido.

Já a colaboração, em razão do acordo escrito, permite um ajuste concreto dos benefícios e das hipóteses em que o acordo será considerado válido ou inválido. Ademais, a homologação judicial retira parte da incerteza do acordo existente na confissão e na delação, institutos que o juiz somente avalia no momento de proferir a sentença. Ao se comprometer previamente com aquelas condições, vinculam-se não apenas os limites do acordo, mas também o próprio órgão jurisdicional.

---

29. Outras medidas, que não estão diretamente relacionadas com o cumprimento da pena decorrente do crime, são: (a) ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; (b) ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores; (c) participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; e (d) não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito.

30. Até a edição da Lei 12.850/2013, institutos que permitiam a negociação envolvendo a propositura da ação penal somente eram cabíveis para infrações leves. A transação penal (art. 76, Lei 9.099/1995) é cabível para as infrações penais com pena máxima de dois anos (classificadas de infrações de menor potencial ofensivo); a suspensão condicional do processo (art. 89, Lei 9.099/1995) é permitida para infrações penais com pena mínima não superior a um ano; e a remissão é utilizada nos atos infracionais praticados por adolescentes (arts. 126, 127 e 128, da Lei 8.069/1990). Em todos esses casos, não se exige nem se considera que o acordo implique em reconhecimento dos fatos pelo suspeito ou acusado.

A existência de um acordo escrito traz maior segurança para as partes – e, sobretudo, ao criminoso colaborador – no que tange à exigibilidade de seu cumprimento pelo Poder Judiciário, diferenciando-o da delação e da confissão. No entanto, nem por isso modifica-se sua natureza jurídica de *medida de cooperação* ou o marco teórico no qual está baseada: o *utilitarismo penal*.

Entretanto, por se tratar de instituto jurídico novo, pode acontecer de juízes, membros do Ministério Público e advogados, desconhecendo o quadro evolutivo no qual se insere a colaboração premiada, extrapolarem os limites de sua aplicação e a função de sua utilização. Como afirmou o filósofo francês Michel de Montaigne, "*A palavra é metade daquele que fala, e metade daquele que ouve*".

A frase se aplica também às leis, já que, às vezes, a intenção do legislador é substituída pela vontade do intérprete ao aplicar a lei. Parafraseando Montaigne, pode-se afirmar que a legislação depende metade daqueles que a promulgaram, e metade daqueles que irão aplicá-la.

## 3. ANÁLISE CRÍTICA DA COLABORAÇÃO PREMIADA NA "OPERAÇÃO LAVA JATO"

Devido à grande publicidade envolvendo a "Operação Lava Jato", o instituto da colaboração premiada teve grande exposição. No entanto, os acordos firmados no âmbito dessa operação não foram analisados em suas características jurídicas. Para a elaboração do presente artigo, foram considerados os termos de colaboração premiada firmados entre o Ministério Público Federal e Paulo Roberto Costa,[31] Alberto Youssef[32] e Pedro José Barusco Filho,[33] todos eles já tornados públicos na rede de computadores *internet*.

31. Acordo firmado no âmbito das ações penais 5026212-82.2014.404.7000 e 5025676-71. 2014.404.7000 e na representação 5014901-94. 2014.404.7000, todos em trâmite perante a 13.ª Vara Federal da subseção Judiciária de Curitiba. Disponível em: [http://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf]. Acesso em: 05 dez. 2015.

32. Acordo firmado no âmbito das ações penais 5025687-03.2014.404.7000, 5025699-17.2014.404.7000, 5026212-82.2014.404.7000, 5047229-77.2014.404.7000, 5049898-06.2014.404.7000, 5035110-84.2014.404.7000, e 5035707-53.2014.404.7000, todos em trâmite perante a 13ª Vara Federal da subseção Judiciária de Curitiba. Disponível em: [http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf]. Acesso em: 05 dez. 2015.

33. Acordo firmado no âmbito do inquérito policial 5049557-14.2013.404.7000, em trâmite perante a 13ª Vara Federal da subseção Judiciária de Curitiba. Disponível em:

Se, por um lado, não há dúvidas acerca da inovação normativa trazida pela colaboração premiada, por outro lado, tampouco há dúvidas de que os acordos ora em exame deveriam estar adstritos às hipóteses e condições legais. Contudo, o exame de tais documentos revela que os acordos foram realizados sem que os benefícios ali concedidos tivessem base na lei.

Firmado em 27.08.2014, o acordo de colaboração premiada entre o Ministério Publico Federal e Paulo Roberto Costa concede diversos benefícios não previstos pela Lei 12.850/2013, dentre eles os seguintes:

> 1) A substituição da prisão cautelar pela prisão domiciliar com uso de tornozeleira eletrônica (Cláusula 5.ª, I, a e Cláusula 5.ª, § 1.º);
>
> 2) A limitação do tempo de prisão cautelar comum (prisão preventiva), independentemente da efetividade da colaboração, em 30 (trinta) dias, contados da celebração do acordo (Cláusula 5.ª, § 6.º);
>
> 3) Fixação do tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade, independente das penas cominadas em sentença, em 2 (dois) anos, a ser cumprida em regime semiaberto (Cláusula 5.ª, I, *b*);
>
> 4) Cumprimento do restante da pena, qualquer que seja seu montante, em regime aberto (Cláusula 5.ª, I, *c*).

Firmado em 24.09.2014, o acordo de colaboração premiada entre o Ministério Público Federal e Alberto Youssef também concede diversos benefícios não previstos pela Lei 12.850/2013, dentre eles os seguintes:

> 1) Fixação do tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade, independente das penas cominadas em sentença, em no mínimo 3 (três) e no máximo 5 (cinco) anos, a ser cumprida em regime fechado, com progressão automática para o regime aberto, mesmo que não estejam presentes os requisitos legais (Cláusula 5.ª, III e V);
>
> 2) A permissão de utilização, pelas filhas do colaborador, de bens que são, declaradamente, produto de crime, durante o tempo em que ele estiver preso em regime fechado (Cláusula 7.ª, *h* e *i* e § 3.º);
>
> 3) A liberação de quatro imóveis e um terreno, que seriam destinados ao juízo a título de multa compensatória,[34] caso os valores re-

[http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/veja-na-integra-a-delacao-premiada-de-pedro-barusco/]. Acesso em: 05 dez. 2015.

34. Ignora-se o que seria a multa compensatória prevista nesse artigo, já que nem a Lei 12.850/2013, nem o CP/1940, estabelecem esse tipo de penalidade.

cuperados com o auxílio do colaborador superem em 50 vezes o valor dos imóveis (Cláusula 7.ª, § 4.º);

4) A liberação de um imóvel em favor da ex-mulher do colaborador e de outro imóvel em favor das filhas do colaborador, sem que esteja claro se tais imóveis são oriundos de crime ou não (Cláusula 7.ª, §§ 5.º e 6.º).

Por fim, assinado em 19.11.2014, o acordo de colaboração premiada entre o Ministério Publico Federal e Pedro José Barusco Filho também concede diversos benefícios não previstos pela Lei 12.850/2013, dentre eles os seguintes:

1) O cumprimento de todas as penas privativas de liberdade aplicadas ao colaborador em *regime aberto diferenciado*[35] (*sic*) pelo prazo máximo de 2 (dois) anos, independente das penas que venham a ser fixadas na sentença judicial e, cumulativamente, a prestação de serviços à comunidade por prazo não inferior a 2 (dois) e não superior a 5 (cinco) anos (Cláusula 5.ª, I, II, III e IV);

2) A obrigação do MPF pleitear que não sejam aplicadas sanções ao colaborador ou suas empresas nas ações cíveis e de improbidade administrativa que porventura forem ajuizadas (Cláusula 5.ª, § 6.º).

Se é certo que tudo aquilo que a lei não proíbe é lícito ao indivíduo realizar, também é certo que os agentes públicos só podem atuar nos limites que a lei estabeleceu. Entretanto, as cláusulas acima mencionadas fogem completamente aos limites estabelecidos pela Lei 12.850/2013 e a discricionariedade com que foram redigidas tais cláusulas não possui previsão legal. Com efeito, as hipóteses da lei são taxativas, não exemplificativas. São fruto de uma ponderação do legislador sobre quais benefícios deveriam ser concedidos para estimular o criminoso a cooperar, e quais não deveriam ser concedidos.

Negociações sobre substituição de prisão cautelar por prisão domiciliar com tornozeleira, invenção de regimes de cumprimento de pena que não existem, vinculação de manifestação do MPF em processos que não são da atribuição daqueles membros que assinam o acordo, permissão para uso de bens de origem criminosa e a liberação de bens que podem ser produto de crime constituem

35. Não existe, em nenhuma lei da República, previsão de "regime aberto diferenciado", criado por meio desse acordo de colaboração premiada específico e que consistiria no: (a) recolhimento domiciliar noturno entre 20h e 6h; (b) comunicação de viagens internacionais para tratamento médico com uma semana de antecedência; e (c) entrega de relatórios bimestrais de suas atividades profissionais e viagens realizadas em território nacional.

medidas claramente ilegais e que aumentam enormemente os riscos de que tais colaborações contenham elementos falsos (ou parcialmente verdadeiros).

O risco na celebração de acordos com tais previsões não é moral, mas sim de eficiência do instituto da colaboração premiada, na medida em que aumentam de forma exponencial os benefícios aos colaboradores prejudicando o equilíbrio de custo e benefício estabelecido pelo legislador.

Acredita-se que esse desequilíbrio pode ampliar significativamente os incentivos à cooperação, mas igualmente amplia os riscos de que tais colaborações não sejam verdadeiras nem úteis.

## 4. A COLABORAÇÃO PREMIADA E OS INCENTIVOS À COOPERAÇÃO

A teoria econômica do crime está baseada, sobretudo, nos estudos e escritos de Adam Smith, Cesare Beccaria e Jeremy Bentham, que utilizaram a economia não apenas como objeto de estudo, mas também como um método para examinar outras áreas do conhecimento. Nessa linha, diversos fenômenos poderiam ser explicados a partir das escolhas que os seres racionais fazem para alcançar seus objetivos e maximizar seu interesse, dadas as limitações de informação e recursos que dispõem.

Resumidamente, a teoria econômica do crime estabelece como premissa que os indivíduos não se tornam criminosos em razão de sua origem social, ou de características pessoais, mas sim em razão das escolhas e decisões. Trata-se de uma perspectiva claramente utilitarista e consequencialista, orientada para a análise das escolhas individuais na seara criminal.

Foi Jeremy Bentham quem primeiro sugeriu que a probabilidade de lucro proveniente do crime é a força que leva o sujeito a delinquir, ao passo que a ameaça dor decorrente da pena é a força que poderá dissuadi-lo. Se a primeira força (ganho potencial) for maior do que a segunda (custo potencial), um crime será cometido.

Em suma, as ações humanas são motivadas por estímulos: incentivos, benefícios, riscos e dissuasões, devidamente previstos em lei e disponíveis como informação para embasarem a escolha do indivíduo.

Herdeiro dessa tradição, Gary Becker (Prêmio Nobel de economia em 1992) ampliou a análise microeconômica para um vasto campo de interações

do comportamento humano, incluindo comportamentos não relacionados ao mercado, dentre eles a decisão de praticar um crime.[36]

Seguindo os passos de Bentham, Becker aperfeiçoou o raciocínio econômico aplicado à teoria do crime com base na escolha racional. Sua tese sustenta-se, em linhas gerais, na crença de "*que a maioria das pessoas cometeria um ilícito apenas se a utilidade esperada percebida pelo agente excedesse a utilidade esperada do emprego de seu tempo e recursos em outras atividades, como um trabalho tradicional*".[37]

Na conhecida fórmula elaborada por Gary Becker, a escolha pela prática criminosa ocorre quando o sujeito racional calcula que o benefício esperado com o crime (o que pode incluir não apenas o valor monetizado do ganho criminoso, mas também a satisfação de obter aquele bem) é superior ao custo esperado desse crime (o que inclui não apenas a perda dos valores eventualmente ganhos, mas também as penas a que está sujeito, sejam elas penas monetárias ou de prisão), sendo certo que os custos esperados do crime devem ser multiplicados pela probabilidade de punição.[38]

Com efeito, o sujeito racional calcula o custo esperado do crime levando em consideração a probabilidade de ser identificado, processado e punido. Caso a probabilidade de punição seja baixa, menor será o custo esperado do crime.[39] Em outras palavras, essa teoria sustenta que as decisões são tomadas a partir de considerações sobre a eficiência do sistema penal.

---

36. "The approach taken here follows the economists' usual analysis of choice and assumes that a person commits an offense if the expected utility to him exceeds the utility he could get by using his time and other resources at other activities. Some persons become 'criminals', therefore, not because their basic motivation differs from that of other persons, but because their benefits and costs differ". BECKER, Gary. Crime and punishment – an economic approach. *Journal of Political Economy* vol. 76, 1968, p. 176. Disponível em: [www.jstor.org/stable/1830482]. Acesso em: 05 dez. 2015.

37. ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de, GICO JR., Ivo: Corrupção e Judiciário: a (in) eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (org.). *Direito Penal e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 61.

38. "The widespread generalization that offenders are more deterred by the probability of conviction than by the punishment when convicted turns out to imply in the expected-utility approach that offenders are risk prederrers, at least in the relevant region of punishments". BECKER, Gary. Op. cit., p. 176.

39. "A importância da probabilidade de punição é objeto de inúmeros estudos que comparam a probabilidade de ser preso *vis-à-vis* à ocorrência de todos os tipos de delitos

Determinados crimes podem ser rigorosamente planejados de modo que se leve em consideração todos os fatores necessários para o cálculo dos benefícios esperados, dos custos esperados e da probabilidade de cada resultado (benefício ou custo), evidenciando um grau de deliberação perfeitamente compatível com o modelo de escolha racional.

Por outro lado, a aplicação da teoria econômica ao crime costuma sofrer críticas na medida em que pressupõe que o respeito às leis está baseado apenas no interesse de maximização de benefício pelo sujeito racional.

Tais críticas não procedem. A própria teoria econômica do crime reconhece que nem todo sujeito racional opta por maximizar seu interesse de forma criminosa. Muitos indivíduos respeitam as regras e não praticam crimes por motivações intrínsecas, de ordem moral (sejam elas religiosas, culturais, sociais etc). Sabe-se que a interação social e familiar constrói "travas" ou "inibições" morais, de forma que comportamentos socialmente indesejados não sejam realizados pelos indivíduos, ainda que o benefício esperado pelo crime supere muitas vezes o custo esperado.

Ou seja, não é porque um determinado sujeito identifica a alta probabilidade de que jamais será identificado, processado e punido por um crime, que necessariamente praticará o crime. Além disso, alguns criminosos não procuram situações ideais para praticarem crimes, mas aproveitam as que surgem.

Conclui-se que a escolha pelo crime não deriva apenas da "oportunidade perfeita". Economistas tendem a descrever o processo de tomada de decisões como se os sujeitos agissem como se estivessem comparando os benefícios do crime e as penas esperadas.

O mais adequado, talvez, seja afirmar que a decisão de cometer um crime não independe da análise de custos e benefícios. Assim formulado, o modelo econômico de escolha racional pode ser bastante útil, sobretudo na formulação de políticas públicas para a área criminal.[40]

---

(e.g. EHRLICH, 1972, 1973, 1974, 1975, 1976, 1982; EHRLICH & POSNER, 1974; EHRLICH & GIBBONS, 1977; EHRLICH & MARK, 1977; EHRLICH & LIU, 1999), ainda que exista algum debate sobre tais estudos (BRIER & FIENBERG, 1980)." (ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JR., Ivo. Op. cit., p. 64).

40. Ao se identificarem determinadas condutas consideradas danosas à coletividade, o Congresso decide transformá-las em crime; para desestimular o cometimento de determinado crime, pode-se aumentar a pena prevista para sua prática; e, para aumentar a eficiência na repressão do crime, esse mesmo Congresso pode decidir autorizar novas medidas investigativas.

Um exemplo evidente do modelo econômico de escolha racional em matéria criminal é justamente o sistema de incentivos positivos aos criminosos para que cooperem com a parte acusatória. De fato, para ampliar o custo esperado do crime, atuando sobre a probabilidade de que a infração penal seja identificada e seu autor punido, podem-se criar incentivos para que determinados criminosos cooperem com a acusação relatando fatos e autoria de crimes em troca de benefícios.

É nesse contexto que se insere o instituto da colaboração premiada.

Ao permitir que determinados acusados recebam benefícios para fornecer informações e indícios que poderão se transformar em provas contra outros acusados, o legislador introduz um fator que aumenta o custo esperado do crime. E, como visto acima, o aumento da probabilidade de punição é um dos pontos mais sensíveis quando se utiliza a teoria econômica, devido ao peso que ela possui no cálculo do curso do crime.[41]

Ora, segue daí que o suspeito ou acusado que opta por cooperar com a parte acusatória também faz uma escolha racional. E, no modelo da colaboração premiada, com certeza não se trata de uma ação espontânea e irrefletida, já que pressupõe a assistência de um advogado.[42]

A escolha consciente e voluntária pela colaboração premiada pressupõe um cálculo de custo-benefício, evidenciando o caráter utilitário da medida. O criminoso avaliará o benefício esperado (vantagens que receberá pela cooperação) e o custo esperado (aí considerados, de um lado, o risco em não cooperar, ou, de outro lado, os efeitos do descumprimento do acordo).

O custo esperado, no caso do sujeito que opta pela cooperação, está (1) na perda de seu direito de não se autoincriminar,[43] fornecendo meios de investigação e, às vezes, provas, que permitirão à parte acusatória provar a materiali-

41. "Em segundo lugar, inclusive os autores contrários à tese do delinquente racional não deixam de reconhecer que a maior ou menor probabilidade de ser preso e punido incide sim sobre o indivíduo. Isso é um reconhecimento tácito de que o delinquente – numa medida indeterminada, digamos – não é de todo alheio a um cálculo racional de custos, como já foi exposto". SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria: *Eficiência e direito penal*. Barueri: Manole, 2004, p. 19.

42. A lei determina a assistência de advogado em todas as fases da colaboração: "Art. 4.º, § 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor".

43. "Art. 4.º, § 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade".

dade do crime e sua autoria em juízo; e, (2) na incerteza associada à possível não homologação do termo de colaboração ou a uma decisão posterior que despreze ou minimize os efeitos da colaboração.

Ora, os benefícios excedem em muito os custos. Por essa razão, a colaboração premiada exige um nível de cooperação maior do acusado, qual seja, a identificação de outros membros da organização criminosa bem como a indicação dos meios pelos quais se poderá provar a prática do crime por essas outras pessoas e ainda a revelação de outros crimes praticados por essa organização que ainda não sejam de conhecimento da parte acusatória.

Nesse cenário, o risco que se apresenta é o de que o criminoso colaborador busque incriminar outras pessoas (inocentes ou com participação de menor importância) a fim de maximizar seus benefícios.

Essa hipótese ganha maior força nos casos em que o acusado se vê diante de penas potenciais altíssimas e os benefícios concedidos são muito atrativos (como aqueles que constam dos acordos de colaboração examinados).

Afinal, o custo de acrescentar mais alguns anos em sua pena[44] pode ser ínfimo,[45] uma vez que isso aumentará pouco ou mesmo nada no tempo total que permanecerá preso, seja em razão do limite máximo previsto no CP/1940,[46] seja porque mesmo se computando o acréscimo de pena para a contagem de benefícios na execução penal,[47] os efeitos serão, em regra, muito pequenos.

---

44. Normalmente, os acusados não estão sujeitos apenas às penas do crime de integrar organização criminosa, com pena de 3 a 8 anos de reclusão, mas sim às penas potencialmente altas de outros crimes como corrupção (até 12 anos), peculato (até 12 anos), fraude em licitações (até 6 anos), dentre outros.

45. Caso se descubra que as informações fornecidas pelo criminoso que coopera não eram corretos e deles não decorreu a prova esperada pela parte acusatória, o sujeito que coopera perderia os benefícios e estaria sujeito à pena de 1 a 4 anos de reclusão ("Art. 19, da Lei 12.850/2013: Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa").

46. Art. 75 – O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

47. Art. 75, § 1.º – Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

A conclusão é que, em determinados cenários, onde há muita assimetria de informação,[48] isto é, quando a parte acusatória não promoveu investigações independentes relacionadas à atuação de determinada pessoa ou sobre determinados fatos, os quais são "revelados" pelo colaborador, o criminoso colaborador pode optar pela cooperação falsa, calculando que os benefícios esperados são mais altos que os custos.

Significa dizer que se outros acusados afirmam determinada coisa, ele poderá confirmar algo que não é necessariamente verdade apenas para se beneficiar com a cooperação, uma vez que a probabilidade de que se identifique a falsidade de suas declarações é pequena.

Da mesma forma, se houver necessidade de que novos autores sejam identificados (porque já houve outras cooperações no sentido de identificar meios pelos quais a prova será produzida), esse colaborador poderá indicar pessoas com participação de menor importância, ou que atuaram sem saber que estavam inseridos em um processo criminoso, maximizando a importância dessas pessoas, com a finalidade de receber as enormes vantagens do acordo de colaboração.

Nesse sentido, é imperioso analisar os aspectos ligados à quantidade ótima de dissuasão do crime. Os custos para a dissuasão do crime podem envolver recursos monetários (mais recursos para as agências de combate ao crime, como polícia e Ministério Público) e não monetários (penas mais gravosas, por um lado, e medidas de cooperação mais vantajosas, por outro), mas devem sempre ser calculados de modo que os custos da dissuasão do crime não sejam mais elevados que os custos do próprio crime.

Em outras palavras, o custo para dissuasão do crime não pode ser tão alto que acabe gerando incentivos ainda mais prejudiciais para o sistema.[49]

48. Assimetria entendida como a diferença de informações de que dispõe a parte acusatória e o acusado no que tange à s diferentes participações dos autores na organização criminosa, as ramificações da organização criminosa, os diferentes crimes praticados e as provas existentes de autoria e materialidade que deverão ser produzidas ao longo do processo.

49. Veja-se, nesse sentido, a lição de Robert Cooter e Thomas Ulen: "Imagine, por exemplo, que a prisão perpétua é a pena máxima disponível em uma sociedade, e que a lei ordena a prisão perpétua por apropriação indébita. Agora imagine que um policial persegue um ladrão armado. Se o policial prender o ladrão, o criminoso ficará preso pelo resto da vida, de acordo com a lei draconiana em validade. Assim, o ladrão não tem por que não tentar atirar no policial. Se mata-lo, pode fugir. Se não, não há qualquer punição adicional disponível, pois a pena de apropriação indébita já é a

Ferrajoli destaca que essa análise é especialmente importante na medida em que o "custo" do sistema punitivo estatal pesa sobre todos e não apenas sobre os culpados. Além de estarmos todos sujeitos às proibições de condutas consideradas delituosas, também os inocentes podem ser, como de fato são, submetidos às agruras de um processo criminal e, muitas vezes, até condenados injustamente.[50]

Portanto, quando se ultrapassam os limites objetivos e de validade das diferentes modalidades de cooperação penal, ampliando enormemente os benefícios oferecidos ao criminoso sem a correspondente elevação dos custos caso sua cooperação se mostre insuficiente, corre-se o risco de que o incentivo à cooperação seja tão elevado (e seu custo tão diminuto) que acabe por gerar o efeito inverso, de colaborações que não trazem informações e indícios verdadeiros, prejudicando, mais do que auxiliando, a parte acusatória.

Porém, considerando que os acordos de colaboração premiada acima analisados já foram firmados e homologados judicialmente (inobstante possuírem cláusulas concedendo benefícios muito maiores dos que a lei autorizava conceder aos criminosos colaboradores), não cabe aqui, necessariamente, discutir sua validade, mas interessa, sim, avaliar qual o valor probatório que se deve dar a tais colaborações.

Por essa linha de raciocínio, não se deve conferir às declarações dos réus colaboradores o peso de provas (mesmo testemunhais), e sim o mesmo tratamento conferido às delações premiadas: meio de investigação e não meio de prova.

---

máxima. Nesse exemplo, as penalidades draconianas para crimes menores prejudicam a dissuasão de crimes mais sérios.". COOTER, Robert; ULEN, Thomas: *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 491.

50. "A falta de correspondência entre culpados, processados e condenados, e, em particular, a 'cifra de injustiça', formada pelas, ainda que involuntárias, punições de inocentes, cria, de outra parte, complicações gravíssimas e normalmente ignoradas ao problema da justificação da pena e do direito penal. Se, com efeito, os custos da justiça e aqueles opostos da ineficiência podem ser, respectivamente, justificados em modo positivo, ou tolerados com base em doutrinas e ideologias de justiça, os custos da injustiça, por seu turno, são, neste diapasão, injustificáveis, consentindo ao direito penal que os produz apenas uma justificativa eventual e negativa, ancorada nos custos maiores que, hipoteticamente, a falta de um direito penal e das suas garantias acarretaria. Porém, a cifra da injustiça, como facilmente perceptível na análise até o momento realizada, é, principalmente, o produto da carência normativa ou da não efetividade prática das garantias penais e processuais, que acabam por prestar-se ao arbítrio e ao erro." (FERRAJOLI, Luigi: *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 89).

Isoladamente, as declarações de réus colaboradores, ainda que sob o compromisso de dizerem a verdade, não podem ser consideradas provas, nem sequer indícios, que possam ensejar o recebimento de uma acusação criminal, a imposição de medidas cautelares ou um decreto condenatório.

Com efeito, se a prisão preventiva exige "*prova da existência do crime e indício suficiente de autoria*" (art. 312, do CPP/1941), essa prova não poderá se constituir nas declarações do réu colaborador. De igual forma, os indícios de autoria, tampouco poderão se limitar a tais declarações, eis que a lei define indício a partir de fatos já provados: "*Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias*" (art. 239, do CPP/1941).

Embora a própria Lei 12.850/2013 afirme que "*Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador*" (art. 4.°, § 16), afirma-se, com base nos acordos de colaboração examinados, onde se constata a ampliação dos benefícios para muito além daquilo que o legislador dispôs, a inexistência de força probatória nessas declarações, seja para embasar uma sentença, seja para justificar a imposição de uma medida cautelar ou mesmo para justificar o recebimento de uma denúncia.

Não se discute que a prolação de uma sentença condenatória deve estar calcada em provas produzidas sob o contraditório (art. 155, CPP). E que a colaboração premiada não possui natureza de prova. Mas impõe-se que o texto da lei seja interpretado de forma analógica para medidas cautelares e para o recebimento da denúncia.

Com efeito, todas as medidas cautelares, sejam elas pessoais (prisão preventiva, temporária e interceptação telefônica) ou reais (busca e apreensão, arresto, sequestro e hipoteca legal), investigativas ou assecuratórias, exigem, para sua decretação, de lastro probatório mínimo. Isto é, não se admite qualquer medida cautelar sem que haja uma base probatória que lhe dê suporte. Sem provas, ainda que mínimas, da existência do crime, não é possível avançar sobre a liberdade do cidadão. E a Lei 12.850/2013 expressamente rechaçou a natureza probatória da colaboração premiada.

De igual forma, determina o Código Processual que "Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (...) III – faltar justa causa para o exercício da ação penal.". Justa causa, como conceitua unanimemente a doutrina, constitui um conjunto probatório, ainda que mínimo, mas que comprove a existência do crime.

Depoimentos prestados no âmbito de uma colaboração premiada não têm essa natureza de lastro probatório. Por conseguinte, não se prestam, por si só,

para embasar qualquer decisão judicial, seja ela uma sentença condenatória, seja uma medida cautelar, ou mesmo o recebimento de uma denúncia.

Sobre o tema, o decano do STF, Ministro Celso de Mello, recentemente pronunciou-se nesse sentido, afirmando que a colaboração premiada é meio para a obtenção de prova, não prova em si mesmo:

> Registro, inicialmente, que o instituto da colaboração premiada, especialmente nos termos em que disciplinado pela Lei 12.850/2013 (arts. 4.º a 7.º), vem sendo reconhecido, por esta Suprema Corte, com apoio no magistério doutrinário (Valdoir Bernardi de Farias, *Delação Premiada:* constitucionalidade, aplicabilidade e valoração, p. 135-158, 153, in *Temas Contemporâneos de Direito*, org. por José Carlos Kraemer Bortoloti e Luciane Drago Amaro, 2009, Méritos Editora, v.g.), como relevante instrumento de obtenção de prova, e não como meio de prova (HC 127.483/PR, rel. Min. Dias Toffoli, Pleno), refletindo, em seu tratamento normativo, o que se delineou, no plano das relações internacionais, na Convenção de Palermo (art. 26) e na Convenção de Mérida (art. 37), ambas subscritas pelo Brasil e formalmente já incorporadas ao sistema de direito positivo interno de nosso País em virtude da promulgação, respectivamente, do Dec. 5.015/2004 e do Dec. 5.687/2006.
>
> (...)
>
> Registre-se, de outro lado, *por necessário*, que o Estado não poderá utilizar-se da denominada *corroboração recíproca ou cruzada, ou seja*, não poderá impor condenação ao réu pelo fato de *contra este* existir *unicamente*, depoimento de agente colaborador que tenha sido confirmado, tão somente, *por outros delatores*, valendo destacar, *quanto a esse aspecto*, a advertência do eminente Professor Gustavo Badaró (*O valor probatório da delação premiada:* sobre o § 16 do art. 4.º da Lei 12.850/2013):
>
> *"A título de conclusão, podem ser formulados os seguintes enunciados: A regra do § 16 do art. 4.º* da Lei 12.850/13 aplica-se a todo e qualquer regime jurídico que preveja a delação premiada.
>
> *O § 16 do art. 4.º* da Lei 12.850/*2013, ao não admitir a condenação baseada exclusivamente nas declarações do delator, implica uma limitação ao livre convencimento, como técnica de prova legal negativa.*
>
> É insuficiente *para o fim de corroboração exigido pelo § 16 do art. 4.º* da Lei 12.850/*2013 que o elemento de confirmação de uma delação*

*premiada seja outra delação premiada, de um diverso delator, ainda que ambas tenham conteúdo concordante.*

*Caso o juiz fundamente uma condenação apenas com base em declarações do delator, terá sido contrariado o § 16 do art. 4.º* da Lei 12.850/2013 (...)." (grifei).

(PET 5700, STF, Min. Celso de Mello, Decisão em 22.09.2015).

## 5. CONCLUSÃO

O instituto da colaboração premiada, como também qualquer outra forma de cooperação no processo penal, pode ser examinado segundo a teoria econômica do crime. Trata-se de incentivo concedido ao acusado para que coopere com a parte acusatória, independente de qualquer espécie de constrição moral, arrependimento ou desejo de comportar-se de forma socialmente reparadora.

Por se tratar de uma decisão informada e assistida pela defesa técnica, pode-se falar que estão presentes os requisitos para que a opção pela colaboração se caracterize como uma escolha racional.

Contudo, a colaboração premiada, da forma como tem sido utilizada na conhecida "Operação Lava Jato", a partir dos três acordos de colaboração premiada examinados acima, oferece benefícios muito maiores dos que aqueles previstos em lei, desequilibrando o sistema de dissuasão para cooperações falsas ou redundantes.

É certo que a ampliação dos benefícios, ainda que dissociada do aumento dos custos em caso de afirmações inverídicas, não torna o mecanismo de cooperação inválido. No entanto, reforça a percepção de que, tal como na delação premiada, as declarações prestadas pelos acusados colaboradores não devem ser consideradas provas, mas somente meios de investigação.

Juízes deveriam, no ato de homologação, atentar para essas inconformidades legais e suas possíveis consequências, para assegurar a plena eficácia do instituto, dada a potencialidade que incentivos exagerados têm de levar a cooperações falsas ou redundantes. Essa preocupação não opera em abstrato. Os exemplos de acordos examinados, que excedem em muito os benefícios previstos em lei, oferecem incentivos exagerados, cuja legalidade pode até ser questionada e que colocam em perigo a plena eficácia do instituto.

Nesse mesmo sentido de argumentação, os benefícios concedidos àqueles que decidem cooperar com o Estado deveriam ser concedidos somente quando já tivessem sido obtidas provas concretas que tenham resultado dos acordos de colaboração.

Não obstante a lei preveja que o acusado se comprometerá a dizer apenas a verdade, trata-se de disposição que, violada, não acarretará consequências graves aos seus autores quando estes estiverem diante de acusações de crimes com penas altas.

Fica evidenciada, portanto, a natureza da colaboração premiada como meio de investigação, e não como meio de prova, sendo necessário que as declarações de réus colaboradores somente sejam utilizadas como fundamento de uma decisão judicial quando a parte acusatória, pelos meios próprios de investigação e de forma independente, produzir outras provas com existência independente (periciais, documentais e mesmo testemunhais) que corroborem tais declarações.

Especificamente no que tange aos acordos firmados no âmbito da "Operação Lava Jato", constata-se que os benefícios concedidos extrapolaram, em muito, as hipóteses previstas na lei, sugerindo um desequilíbrio entre os incentivos para cooperação e os desincentivos à falsa cooperação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JR., Ivo. Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (org.): Direito penal e economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal.* Coimbra: Coimbra editora, 1992.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *O interrogatório do acusado e o princípio da verdade real. Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria.* Rio de Janeiro: Forense, 1962.

BATISTA, N. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BECKER, G. S. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of political economy*. vol. 76, n. 01. 1968.

BERGALLI, Roberto. La razón de Estado como nuevo fundamento del control penal en España. *Revista da Asociación de Ciências Penales* de Costa Rica, n. 5, Ano 4, 1992.

BÖKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia.* Madri: Editorial Trotta, 2000.

BORRADORI, Giovanna. *Filosofia em tempos de terror – diálogos de Habermas e Derrida.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BOTTINO, Thiago. A segurança como princípio fundamental e seus reflexos no sistema punitivo. *Revista Discursos Sediciosos*, n. 15/16. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

_____. Notas para um sistema punitivo democrático. *Revista Forense*, n. 385. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRENNER, G. *Entendendo o comportamento criminoso*. Porto Alegre: AGE, 2009.

CANCIO MELIÁ, Manuel. "Derecho Penal" del enemigo y delitos de terrorismo – Algunas consideraciones sobre la regulación de las infraciones en materia de terrorismo en el Código Penal español de la LO 7/2000. *Revista Ibero-americana de Ciências Penais*, n. 5, Porto Alegre: Centro de Estudos Ibero-americano de Ciências Penais, 2002.

CERVINI, Raul. *Os processos de descriminalização*. São Paulo: Ed. RT, 1995.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COLEMAN, J. W. Motivation and opportunity: understanding the causes of white-collar crime. In: GEIS, Gilbert; MEIER, Robert; SALINGER, Lawrence: *White-collar crime – Classic and contemporary views*. 3. ed. Nova Iorque: The Free Press, 1995.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

EIDE, E. *Economics of criminal behavior*. 1999. Disponível em: [http://encyclo.findlaw.com/8100book.pdf].

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. São Paulo: Ed. RT, 2002.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia – o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GLAESER, E. L.; SACERDOTE, J.; SCHEINKMAN, J. Crime and social interactions. The quarterly journal of economics, 1996. vol. 61, n. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais – Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Alemã*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1955. *vol. II*.

MALAN, Diogo. *Ideologia política de Francisco Campos: influência na legislação processual brasileira (1937-1941)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Conceito e método da ciência do direito penal.* São Paulo: Ed. RT, 2002.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique (coord.). *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio.* Madri: Marcial Pons, 1996.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Sistema acusatório.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RAWLS, John. Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, n. 25, São Paulo: Cedec – Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1992.

RODRIGUES, V. *Análise económica do Direito*: uma introdução. Coimbra (PO): Almedina, 2007.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado.* Rio de Janeiro: Alba oficinas gráficas, 1942.

ROXIN, Claus: *Política criminal e sistema jurídico–penal.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANCHEZ, J. M. S. *Eficiência e Direito Penal.* Barueri (SP): Manole, 2004.

SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria: *Eficiência e Direito Penal.* Barueri: Manole, 2004, p. 19.

SUTHERLAND, E. H. *White collar crime – the uncut version.* New Haven: Yale University Press, 1983.

TORNAGHI, Hélio: *Instituições de processo penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1959.

VIEIRA, Oscar Vilhena: A Constituição como reserva de justiça. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política.* n. 42, São Paulo: Cedec – Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1997.

WARREN, Earl: Homem prevenido: os direitos de Miranda. *Revista Sub Judice.* n. 12. Coimbra, 1998.

**PESQUISAS DO EDITORIAL**

**Veja também Doutrina**

- A colaboração premiada num direito ético, de David Teixeira de Azevedo – *RT* 771/448-453 (DTR\2000\120);
- Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro, de Américo Bedê Junior e Alexandre de Castro Coura – *RT* 969/149-159 (DTR\2016\21676); e
- Compatibilização constitucional da colaboração premiada, de Frederico Valdez Pereira – *RT* 929/319 (DTR\2013\585).