



## CADERNO DE DOUTRINA

4 As investigações internas no âmbito empresarial e os programas de *compliance*: alguns desafios processuais

Claudia Cristina Barrilari  
Andréa Cristina D'angelo

8 Balizas para a interpretação do oculto e do dissimular no crime de lavagem de dinheiro

Emília Merlini Giuliani

13 Política pública criminal: caminhos legais e doutrinários para a avaliação legislativa em matéria penal no Brasil

Chiavelli Facenda Falavigno

15 Medidas cautelares pessoais alternativas à prisão: uma análise retrospectiva para melhores perspectivas

Fernanda Regina Vilares

18 A criminalização da aporofobia: análise dos projetos de Lei 3.135/2020 e 1.636/2022

Jéssica Veleda Quevedo  
Diego da Rosa dos Santos

21 O punitivismo cautelar estatal como exercício de poder e controle

Ronaldo Bezerra dos Santos

## LAUT

24 O avanço internacional da regulação da *cannabis* e o injustificável atraso brasileiro

Paulo José dos Reis Pereira

## JURISPRUDÊNCIA EM DEBATE

27 Reclamação 44.565 - Caso Ollanta Humala: decisão estrangeira determinando coleta de testemunho no Brasil demanda *exequatur*

Leonardo Massud  
Leandro Sarcedo  
Pedro Luiz Bueno de Andrade  
Renato Losinskas Hachul  
Caio Henrique Godoy da Costa

## CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

TEMA: A VALIDADE DE ATOS PRATICADOS POR JUÍZO INCOMPETENTE

31 Supremo Tribunal Federal

31 Superior Tribunal de Justiça

32 Supremo Tribunal Federal

32 Superior Tribunal de Justiça

## SOBRE INDICAÇÕES A CARGOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) E NA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA (PGR)

As indicações de pessoas a integrarem a Suprema Corte do País e a chefiarem a Procuradoria-Geral da República não são questões exclusivamente afetas ao ramo do Direito Constitucional. Por ser um tema central às discussões de Ciências Criminais, não pode o IBCCRIM se omitir em momentos tão decisivos como os que se avizinham.

Com o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a adesão soberana do País a compromissos firmados em tratados internacionais de Direitos Humanos, cujas normas integram o bloco de constitucionalidade (CF, art. 5º, §§2º e 3º), com a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental (CF, art. 1º, III), não há como o IBCCRIM ficar silente no debate sobre o que se esperar das pessoas que passarão a integrar órgãos de cúpula na justiça criminal.

Há de se levar a sério as previsões sobre notório saber jurídico e reputação ilibada (CF, art. 101) no caso de pretendente a integrar o STF, e, com a matiz necessária, da representatividade dos objetivos e princípios institucionais (CF, art. 128, § 1º), em se tratando de liderança do Ministério Público da União.

Há de se evitar, por exemplo, nas indicações ao STF, qualquer favorecimento personalista por parte do Poder Executivo, inevitável enquanto se perpetuar o critério de relação de confiança entre pessoas — de difícil aferição jurídico-objetiva —, somado a sabatinas pelo controle legislativo como meras proformas.

Não é preciso exemplificar para se ver que o STF só se fará mais legitimado — enquanto cume do exercício contramajoritário na repartição de Poderes — se quem o integrar forem as melhores pessoas como premissa, e não como promessa. Os quadros a serem ocupados devem preencher os requisitos na raiz, e não como expectativas para disfarçar a indicação por aliança futura ou motivação pessoal.

A pessoa a integrar o STF deve ter trajetória pública conhecida, respeitabilidade adquirida ao longo de décadas de acúmulo e aprofundamento teórico. Enfim, visão jurídico-social madura que justifique o exercício da jurisdição como um poder-dever.

Sobre a indicação de pessoa a chefiar a PGR, com atuações umbilicalmente ligadas ao exercício da jurisdição constitucional do STF e timoneiro da atuação criminal do Ministério Público Federal, o leque de atuações é tão fundamental e determinante aos rumos da política criminal que tampouco se pode fechar os olhos para a exigência de seriedade e distanciamento do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Num e noutro órgão, não se pode imaginar que a pessoa possa se aproximar de um programa de governo, com ideia presa a uma razão eleitoral, como se pudesse ser vista como um garante ou pagador de promessa.

Há engenharia constitucional a ser discutida, por certo, como a duração dos mandatos num e noutro cargo. Mas isso não interdita a atenção ao procedimento. E foi por isso, por exemplo, que o IBCCRIM, em iniciativa inédita na sociedade civil, reuniu, em 1º de junho de 2023, figuras de peso do cenário brasileiro e latino-americano para discutirem a sucessão da PGR. Nomes como Alberto Binder, Claudia Paz y Paz e outros, além do presidente da Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), advogados e outros membros do MPF, dispuseram-se a tratar do cenário de sucessão na cúpula do Ministério Público da União.

Foi um passo essencial rumo a uma maior legitimidade em termos de atuação da pessoa a chefiar a instituição, tornada autônoma pela Constituição de 1988 em relação ao Poder Executivo e ao Judiciário, mas nem por isso galgada a um Quarto Poder. Além do debate sobre a lista tríplice e a vinculação do nome como aquele a ser indicado para chefiar a carreira, a sociedade tem o direito de conhecer previamente os rumos que a PGR entende adequados à política criminal brasileira. O passo dado significou, inclusive, a abertura a um debate que não se confunde com o corporativismo, pois não é de uma política de classe que se trata, mas da respeitabilidade de uma instituição central para o País, como Defensoria Pública e Ordem dos Advogados do Brasil.

Em um caso e noutro, é fundamental que a pessoa mostre o entendimento sobre temas caros ao IBCCRIM. Assim, por exemplo, a política de guerra às drogas (RE 635.659), o racismo institucional (HC 208.240), o juiz de garantias (ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305), a inamovibilidade dos Magistrados (ADI 5070), a permissão à interrupção da gravidez desburocratizada (ADPF 989), a política de respeito à liberdade autoinformacional e a validade de mecanismos genéricos de colheita de informações em persecuções penais (RE 1.301.250), o encarceramento de pessoas em manicômios (ADI 7389), entre outros.

Há temas que se imbricam diretamente com as atividades dos atores do processo penal e do modelo acusatório perseguido pelo constituinte, como se vê da ADI 3450 e das ADPFs 847 e 881, com os contornos de regulação de colaborações premiadas (ADPF 919), e a eficácia temporal de acordos de não-persecução penal (HC 185.913).

O IBCCRIM não observa passivamente o procedimento para só depois criticar ou aplaudir a escolha sacramentada. Na democracia participativa, formulam-se sugestões ao longo do procedimento da tomada de decisões, particularmente as vindouras. E a Suprema Corte, assim como a PGR, deve espelhar a conformação da sociedade brasileira em sua composição.

Oxalá a atenção à representatividade de gênero e raça desperte sensibilidade e razão, já que, em nosso País, o contingente de pessoas presas, sobretudo cautelarmente, é composto majoritariamente por cidadãos racializados. É um truismo e um constrangimento reiterar que a desigualdade social anda de mãos dadas com a seletividade penal e o racismo institucional. Por outro lado, a representatividade de homens e mulheres pretos e pretas não se vê nos órgãos da Justiça. Decide-se sobre a vida de homens e mulheres pretas, alijando-os, contudo, de tomarem parte desse processo.

O ciclo histórico de desigualdade de gênero e de racismo só será mitigado se as estruturas que permitem que ele se perpetue forem quebradas. Enquanto isso não ocorrer, o procedimento que privilegia a indicação de homens, majoritariamente brancos, seguirá visto como normal, como se isso refletisse a melhor legitimidade nos quadros de cúpula dos dois órgãos do sistema de justiça.

O IBCCRIM espera que as indicações de pessoas a integrarem o STF e a PGR observem a realidade brasileira e, por isso mesmo, que as vagas sejam preenchidas por mulheres, preferencialmente negras e historicamente comprometidas com o combate ao racismo e à misoginia, ao encarceramento em massa da juventude pobre, preta e periférica, o que tem sido a tônica da política criminal nacional.

Ou temos quadros que justifiquem essa inflexão e, portanto, é urgente levarmos a sério a pluralidade da sociedade brasileira, democratizando os dois órgãos; ou, se não os temos — no que realmente não se pode acreditar —, o problema é muitíssimo mais profundo do que qualquer sugestão e convida a reflexões mais dolorosas quanto à sociedade brasileira.

## NOTAS

### IBCCRIM pede admissão como *Amicus Curiae* no tema 1063 do Superior Tribunal de Justiça

No último dia 20 de junho, o IBCCRIM requereu ingresso, na qualidade de *amicus curiae*, no recurso especial 1.863.084 (STJ, 3ª Seção, relatora Ministra Laurita Vaz), em que se discute o tema 1063: "examinar se é competência do Tribunal do Júri a desclassificação da modalidade dolosa para a culposa do crime de homicídio praticado na direção de veículo automotor, quando comprovados a embriaguez e o desrespeito às regras de trânsito".

No caso em julgamento, o réu foi pronunciado pela suposta prática de homicídio (art. 121, *caput*, do CP), por ter conduzido veículo automotor, após ingerir bebida alcoólica, em alta velocidade, vindo a colidir com uma motocicleta. Contra essa decisão, a defesa interpôs recurso em sentido estrito, que foi provido para afastar o reconhecimento do dolo eventual e, com a desclassificação (para a modalidade culposa), determinar a remessa do feito para julgamento pelo Juízo singular. O Ministério Público, então, interpôs recurso especial, sob o argumento de que a segunda instância "usurpou a competência do Tribunal do Júri ao desclassificar o crime de homicídio doloso para a modalidade culposa".

Como exposto na manifestação, "o IBCCRIM manifesta-se no sentido de que a supressão, na fase da pronúncia, da possibilidade do julgador, exercendo a competência que legalmente lhe cabe, desclassificar a imputação para a forma culposa geraria uma verdadeira presunção *iure et de iure* do dolo, inadmissível sob qualquer ângulo". Isso porque "a possibilidade de desclassificação na primeira fase e na segunda fase do Júri, em outras palavras, não se excluem, mas coexistem como um imperativo da natureza bifásica do procedimento. Qualquer entendimento de que a decisão de desclassificação, ainda que apenas sob o recorte de crimes de homicídio praticados na direção de veículo automotor, compete única e exclusivamente ao Conselho de Sentença, traduz uma leitura que esvazia, sem qualquer razão válida, o controle técnico da imputação que há de ser exercido pelo juiz togado durante a primeira fase do procedimento especial do Tribunal do Júri".

A manifestação do Instituto está juntada às fls. 1284/1292 do processo. Confira o andamento em: <https://ury1.com/ZKeQA>.

## Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

4. **As investigações internas no âmbito empresarial e os programas de *compliance*: alguns desafios processuais**  
Claudia Cristina Barrilari e Andréa Cristina D'angelo
8. **Balizas para a interpretação do ocultar e do dissimular no crime de lavagem de dinheiro**  
Emília Merlini Giuliani
13. **Política pública criminal: caminhos legais e doutrinários para a avaliação legislativa em matéria penal no Brasil**  
Chiavelli Facenda Falavigno
15. **Medidas cautelares pessoais alternativas à prisão: uma análise retrospectiva para melhores perspectivas**  
Fernanda Regina Vilares
18. **A criminalização da aporofobia: análise dos projetos de Lei 3.135/2020 e 1.636/2022**  
Jéssica Veleda Quevedo e Diego da Rosa dos Santos
21. **O punitivismo cautelar estatal como exercício de poder e controle**  
Ronaldo Bezerra dos Santos
24. **LAUT**  
**O avanço internacional da regulação da *cannabis* e o injustificável atraso brasileiro**  
Paulo José dos Reis Pereira
27. **JURISPRUDÊNCIA EM DEBATE**  
**Reclamação 44.565 - caso Ollanta Humala: decisão estrangeira determinando coleta de testemunho no Brasil demanda *exequatur***  
Leonardo Massud, Leandro Sarcedo, Pedro Luiz Bueno de Andrade, Renato Losinskas Hachul e Caio Henrique Godoy da Costa
31. **CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA**  
**Tema: A validade de atos praticados por juízo incompetente**
31. **Supremo Tribunal Federal**
31. **Superior Tribunal de Justiça**
32. **Supremo Tribunal Federal**
32. **Superior Tribunal de Justiça**

# AS INVESTIGAÇÕES INTERNAS NO ÂMBITO EMPRESARIAL E OS PROGRAMAS DE COMPLIANCE: ALGUNS DESAFIOS PROCESSUAIS

INTERNAL CORPORATE INVESTIGATIONS AND COMPLIANCE PROGRAMS:  
SOME PROCEDURAL CHALLENGES

## Claudia Cristina Barrilari

Doutora em Direito Penal pela USP. Mestra em Direito Penal pela PUC/SP.  
Professora universitária. Advogada.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0499705858210402>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3224-9818>

[claudiabarrilari@gmail.com](mailto:claudiabarrilari@gmail.com)

## Andréa Cristina D'angelo

Mestranda em Processo Penal pela USP. Especialista em Direito Penal Econômico Europeu pela Universidade de Coimbra. Ex-Diretora do IBCCRIM. Advogada.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7807207923125283>

ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-0215-5535>

[andreacondangelo@gmail.com](mailto:andreacondangelo@gmail.com)

**Resumo:** O artigo analisa os aspectos processuais que se colocam diante da possibilidade de que as empresas possam utilizar as investigações realizadas por elas diante da suspeita de ilícitos praticados em âmbito corporativo, especialmente quando decidam levar o material probatório para os órgãos públicos, como faculta a Lei Anticorrupção e seu decreto regulamentador, para efeito de redução de pena ou acordo de leniência.

**Palavras-chave:** *Compliance*; Investigação interna; Acordo de leniência; Direito dos investigados.

**Abstract:** The article analyzes the procedural aspects that arise in the face of the possibility that companies may use the investigations carried out by the companies in the face of the suspicion of illicit acts practiced in the corporate sphere, especially when the companies decide to take the evidentiary can use the investigations carried out by them in the face of suspicion of illicit practices in the corporate sphere, especially when they decide to take the evidentiary material to public bodies, as provided by the Anti-Corruption Law and its regulatory decree, for the purpose of penalty reduction or leniency agreement.

**Keywords:** Compliance; Internal investigation; Leniency agreement; Right of investigated.

O cenário do crime empresarial passou a contar, já há algum tempo, com novas estratégias preventivas em franca linha cooperativa entre entes privados e o Poder Público. Houve, por certo, uma alteração no controle social das atividades empresariais socialmente danosas decorrentes, dentre outros fatores, de uma reconfiguração nas relações entre Estado, sociedade e empresas e dos fenômenos dela intervenientes que geraram uma forte tendência padronizadora decorrente da globalização econômica (SHECAIRA, 1998, p. 47).

De toda sorte, a adesão por parte de diferentes países a regulações que foram incentivadas por diferentes instrumentos supranacionais para o combate a novas formas de criminalidade econômica pressupõe novas estratégias e, principalmente, um novo diálogo entre a autorregulação e as formas de responsabilização penal, seja da empresa seja das pessoas físicas.<sup>1</sup> Os programas de *compliance* não serão tratados neste texto em sua amplitude, mas sim apenas no que se refere às investigações internas, um dos elementos do *compliance* que se coloca como opção de política criminal favorável à privatização do processo penal.<sup>2</sup>

A investigação interna é uma das etapas do *compliance* e pode decorrer de uma denúncia interna ou externa, auditorias, notícias

veiculadas pela imprensa, dentre outras formas, e tem por finalidade apurar irregularidades e/ou ilícitos que possam acarretar danos não só à empresa como ao Estado.

A atividade de controle exercida pela empresa em âmbito privado, se, naturalmente, integrava o múnus da gestão, com o *compliance* passa a ter uma nova função de amparar possíveis investigações ou ações penais, ou, ainda, subsidiar a colaboração que a empresa venha a encetar com órgãos públicos. Nesse contexto, a observância de alguns limites decorrentes de garantias fundamentais são pontos a que se deve buscar respostas efetivas.

Passados alguns anos nos quais os programas de *compliance* se integraram à nossa realidade empresarial e, dada a nova regulamentação da Lei 12846/13, o Decreto 11129/22, que disciplina os processos de responsabilidade e os elementos para a celebração de acordos de colaboração, tendo, ainda, revogado o Decreto anterior (Dec. 8420/15), era de se esperar que o legislador tivesse dado algumas balizas a orientar as empresas na investigação interna. O Decreto 11129/2022 estipula apenas em seu Capítulo V, sobre os Programas de Integridade, a adoção de mecanismos para apuração

de denúncias efetuadas pelo informante e respectiva proteção (art. 57, inc. X).

A título de exemplo, pode-se pensar na situação na qual a investigação interna possa servir de substrato para matéria probatória, tendo a empresa decidido levar os fatos ao conhecimento dos órgãos públicos, ou quando, em via oposta, figure como sujeito passivo da investigação ou, ainda, nos termos previstos no Dec. 11.129/22, art. 37, inc. V, diante da necessidade de instrumentalizar informações, documentos e elementos que comprovem o ato ilícito, quando a pessoa jurídica tiver intenção de celebrar acordo de leniência.

Muito embora, em um primeiro momento, suponha-se que a disciplina da investigação interna integra a autorregulação da empresa e que não caiba qualquer ingerência estatal na esfera privada, a grande problemática que permeia a questão consiste na ausência de forma procedimental pela qual será realizada a investigação interna.

Nesse contexto, nenhum dos decretos regulamentadores da Lei Anticorrupção, o vigente e o revogado, teve preocupação em fornecer algumas balizas para orientar as empresas na condução das investigações internas a legitimar eventual utilização do resultado das investigações em processos judiciais. Há, por certo, um elevado grau de discricionariedade por parte das empresas quanto à iniciativa em realizar uma investigação interna. Contudo, as diretrizes impostas às empresas pela adesão às novas políticas de integridade e conformidade normativa exigem um comprometimento da gestão com a ética e a legalidade, de modo que, diante da suspeita ou da denúncia de ilegalidade, a empresa deva adotar todas as medidas dispostas à detecção e à reação diante de um fato ilícito.

Além disso, é preciso lembrar que o sistema de *compliance* tem por objeto a prevenção de condutas desconformes, ou seja, coloca-se como anteparo para a ocorrência de ilícitos no ambiente da empresa. Diante de eventual ocorrência de ilícitos, a investigação interna terá como objetivo identificar a falha no sistema de *compliance* e, também, servir de subsídio para a aplicação de medidas disciplinares internas. Inclusive, como suporte à realização de constante revisão e monitoramento do programa de *compliance* adotado pela empresa, uma das funções que legitimam o comprometimento da direção da empresa com a integridade e o cumprimento normativo.<sup>3</sup>

Nesse sentido a recomendação da Controladoria Geral da União é precisa:

A detecção de indícios da ocorrência de atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, deve levar a empresa a iniciar uma investigação interna, que servirá como base para que sejam tomadas as providências cabíveis. Normas internas devem tratar de aspectos procedimentais a serem adotados nas investigações como: prazos, responsáveis pela apuração das denúncias, identificação da instância ou da autoridade para a qual os resultados das investigações deverão ser reportados. Uma vez que a investigação confirme a ocorrência de ato lesivo envolvendo a empresa, devem ser tomadas providências para assegurar a imediata interrupção das irregularidades, providenciar soluções e reparar efeitos causados. A empresa pode, por exemplo, aprimorar o programa, de forma a evitar a reincidência do problema e ocorrência de novas falhas. Pode, ainda, aplicar sanções disciplinares aos envolvidos. É interessante que a

adoção dessas medidas seja divulgada para funcionários e terceiros, a fim de reforçar publicamente a não tolerância da empresa com a prática de ilícitos. A empresa deve também utilizar os dados obtidos na investigação interna para subsidiar uma cooperação efetiva com a administração pública. (BRASIL, 2015, p. 22)

Diante de todas essas possibilidades, destacando ainda o potencial de utilização da investigação interna no campo trabalhista, em processos de arbitragens, nos processos societários etc., nota-se que a falta de diretrizes pode comprometer a utilidade do material produzido. Uma vez que a empresa decida realizar uma investigação interna, deve-se cercar de cuidados em relação ao material probatório e a observância de garantias em relação aos "investigados".

A preocupação no que diz respeito à investigação interna não passou despercebida por **Moosmayer**<sup>4</sup> ao apontar que se deve levar em consideração o caso concreto, bem como a legislação do país principalmente no que diz respeito à obtenção de provas.

É necessário ter em mente que tal investigação possui caráter particular que difere daquela realizada pelos órgãos judiciais competentes e envolve não apenas o direito de defesa daquele que se viu denunciado como a questão das provas irrepetíveis e a violação da cadeia de custódia, a qual poderá repercutir no próprio processo a ser instaurado em face dos possíveis responsáveis pelos atos praticados, bem como em outras esferas como a administrativa e cível.

Por sua vez, a investigação interna não se confunde com as auditorias, pois estas têm por finalidade atestar a regularidade ou não da empresa; ao passo que aquela é iniciada a partir de uma suspeita de ocorrência da irregularidade, que poderá decorrer do resultado da própria auditoria.

Caso a investigação interna ou a auditoria apontem para a ocorrência de ilícito, ambas poderão subsidiar uma investigação perante os órgãos estatais e mais: a instauração de uma ação penal. É neste ponto que toca a questão do direito de defesa do denunciado na investigação interna e da ausência de um regramento preciso acerca dos procedimentos a ela inerentes.

**Puyol** (2017, p. 228) destaca que:

*Es muy importante que en el proceso de investigación la empresa se comprometa a garantizar en todo momento las garantías de todas las personas que intervengan en dicho proceso, y al mismo tiempo, la integridad y la no manipulación de las pruebas y demás evidencias que se obtengan como consecuencia de la investigación que se lleve a cabo, las garantías con relación estas últimas, es sumamente determinante, toda vez que, si las mismas se llevan a cabo violentando los derechos de las personas, o lesionando sus derechos fundamentales, serán consideradas como evidencias ilícitamente obtenidas sin valor o fuerza probatoria alguna.*

A despeito da relação que existe entre os canais de denúncia e as investigações internas, dado que, entre as medidas de gestão internas vocacionadas para o cumprimento normativo, o canal de denúncias configura um dos pilares essenciais, nota-se uma grande preocupação com o regime de proteção dos chamado *whistleblowers* (denunciantes) e o silêncio quanto àquele que se viu envolto em uma investigação interna, principalmente quando a

questão diz respeito às falsas denúncias, as quais podem, inclusive, macular a imagem não só do denunciado como da própria empresa.

Enquanto as balizas de proteção ao denunciante começam a ser regulamentadas, a exemplo do previsto no artigo 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; tanto assim que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) tem firmado posições importantes quanto ao regime de proteção dos denunciadores, notando que ficou em segundo plano um regramento da investigação interna, como bem apontou o julgamento do caso: *Heinisch vs. Alemanha*, no qual o TEDH condenou a Alemanha ao pagamento de indenização a Heinisch após ela ser demitida sem aviso prévio após representar criminalmente seu empregador. Um dos pontos do acórdão ressalta a importância dos canais de denúncia e a possibilidade de investigação interna para apuração dos fatos (RODRIGUES, 2022, p. 177-179).

Em termos de proteção dos denunciadores e sobre o procedimento, destaca-se também a Diretiva 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia que prevê em seu artigo 9º o prazo de sete dias para que o denunciante receba informações quanto ao encaminhamento da denúncia, determinando ainda que o denunciante seja informado do resultado da denúncia em prazo que não poderá exceder três meses. Por sua vez, o Capítulo VI trata de uma série de medidas de proteção em favor dos denunciadores. Contudo não há qualquer norte na referida Diretiva quanto ao procedimento a ser seguido nos casos de investigação interna.

Portugal, por intermédio da Lei 93/2021, disciplinou o regime geral de proteção de denunciadores de infrações, transpondo a Diretiva da União Europeia 2019/1937 relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito. Estabelece a referida lei a obrigação, para pessoas jurídicas de direito público e privado (essas com mais de cinquenta funcionários), de dispor de canais de denúncia internos que permitam a apresentação e o seguimento seguros de denúncias, a fim de garantir exaustividade, integridade e conservação da denúncia, confidencialidade da identidade ou o anonimato dos denunciadores e a confidencialidade da identidade de terceiros mencionados na denúncia. Nota-se, ademais, que a Lei 93/2021 de Portugal ao menos fornece diretrizes quanto à investigação interna.<sup>5</sup>

Recentemente, de forma equivalente, a Espanha, pela Lei 2/2023 de proteção do denunciante, dispõe que todas as empresas que tenham mais de cinquenta trabalhadores serão obrigadas a criar um sistema interno de informação, os denominados canais de denúncia, sobre violações da legislação da União Europeia e infrações penais ou administrativas graves ou muito graves, além de estabelecer qual

será o procedimento de processamento dessas informações de modo a garantir a confidencialidade ou o anonimato da identidade dos denunciadores, em particular dos trabalhadores.

Consciente do custo que esse novo encargo pode gerar nas empresas, ambas as regulações, da Espanha e de Portugal, admitem que as empresas que empreguem entre cinquenta e duzentos e quarenta e nove trabalhadores, possam partilhar recursos para a gestão da informação que recebem.

A Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção ratificada pelo Brasil pelo Decreto 5.687/06, preconiza que os Estados devem estabelecer medidas compatíveis com sua legislação interna que facilitem a denúncia pelo funcionário público da prática de atos ilícitos na Administração Pública, bem como a adoção de medidas que protejam o denunciante. No Brasil, o art. 4º A da Lei 13.608/18, com alteração promovida pela Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), prevê que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e suas autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia

mista manterão unidades de ouvidoria e correição, para assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público. A citada lei trouxe proteção para aquele que denuncia, vedando expressamente a possibilidade de retaliação, garantindo o sigilo e a proteção dos dados do informante, além de isenção de responsabilidade civil ou penal em relação ao fato narrado (BARRILARI, 2021). Observa-se ainda que se distribuem de um lado as liberdades pessoais e de outro o dever de averiguar a razoabilidade do teor da comunicação.<sup>6</sup>

## "DEVE-SE PENSAR NÃO APENAS NO REGIME DE PROTEÇÃO DO INFORMANTE COMO TAMBÉM NOS DIREITOS E GARANTIAS DAQUELE QUE SE VIU ENVOLTO EM UMA DENÚNCIA"

A ausência de balizas quanto ao rito procedimental das investigações internas pode parecer interferência estatal no âmbito privado. No entanto, mesmo na Administração Pública, o que se percebe é a total ausência de procedimento para apurar as denúncias efetuadas pelo informante, as quais, por sua vez, podem repercutir significativamente na esfera de direitos do denunciado, no exercício da atividade controladora do Estado, e, no campo privado, na própria empresa.

Deve-se pensar não apenas no regime de proteção do informante como também nos direitos e garantias daquele que se viu envolto em uma denúncia.

Alguns questionamentos procedimentais podem surgir a partir do momento em que se inicia uma investigação interna: qual é o prazo para o encerramento das investigações? Qual o prazo para apresentação da defesa? É possível produzir quais tipos de prova? É possível tutelar o direito ao confronto entre investigado e o informante? Admite-se a investigação defensiva pelo denunciado?

Qual é o órgão na empresa responsável por decidir sobre os atos de investigação principalmente quando se tratar de caso em que o denunciado é detentor de cargo de direção e o informante seu subordinado? Qual o papel do advogado da empresa, caso por ele seja conduzida a investigação?<sup>7</sup>

A ausência de uma legislação que forneça balizas à investigação interna deixa a cargo da autorregulação das empresas seu procedimento de acordo com o caso concreto. Dito isso, deve haver previsão quanto aos prazos e às regras procedimentais, bem como limites ao poder investigatório, eis que, a depender da forma como uma prova foi colhida, esta não poderá ser utilizada em um processo penal, sob pena de nulidade. Assim, a investigação interna deve possuir escopo e direção bem definidos, além de sua duração, bem como as provas que serão produzidas.

Adán Nieto Martín (2019, p. 295) aponta que:

[...] Em alguns países, como Alemanha e EUA, as ordens dos advogados vêm elaborando e publicando algumas regras

deontológicas para a realização de investigações internas, quando estas são realizadas por um advogado externo à companhia [...] Não obstante, é às empresas que cabe estabelecer, com maior detalhe, seu marco jurídico, para o qual é recomendável que adotem um Código de Investigações Internas.

Além de tais questões, é preciso considerar a possibilidade da investigação defensiva prevista no Provimento 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e sua respectiva (in) aplicabilidade aos casos das investigações internas.<sup>8</sup>

Portanto, há diversas zonas obscuras que permeiam a investigação interna e, a par da autorregulação das empresas neste âmbito, é necessário que a legislação preconize determinadas balizas principalmente em relação à produção de provas, as quais poderão refletir diretamente em futura ação penal ou em processos de colaboração.

## Notas

<sup>1</sup> Sobre o tema ver: Silveira (2006) Silveira e Saad-Diniz (2015) Salvador Netto (2018) e Sousa (2023).

<sup>2</sup> Segundo Adán Nieto Martín (2019, p. 295) as investigações internas “[...] são uma ferramenta do *compliance* de caráter reativo, que se ativa pela existência de uma suspeita de irregularidade”, constituindo, assim, “[...] um procedimento interno da empresa que pode afetar a direitos fundamentais, como a intimidade, dar lugar a consequências desfavoráveis, como a imposição de sanções [...]”, sendo “[...] em determinados contextos, uma privatização do processo penal”.

<sup>3</sup> “Com a implementação, trata-se de assegurar os vetores comunicação-promoção-organização dos programas, desde logo garantindo, em cada segmento de atuação de administradores e empregados, o conhecimento dos códigos e dos procedimentos a adotar em conformidade, avultando a importância da formação; e, para além disso, assegurando a promoção da cultura de cumprimento, através da consagração de medidas internas, que podem dizer respeito à documentação dos atos praticados ou à instituição de controlos internos (não anunciados) ou externos (auditorias). Já tendo em vista a consolidação e o aperfeiçoamento dos programas — que passa por reagir, sancionar e aperfeiçoar — é necessário que estes incluam mecanismos de reação perante práticas ilícitas cometidas na, contra ou através da empresa, designadamente, medidas de investigação internas, e que prevejam sanções a serem aplicadas. O aperfeiçoamento dos programas implica, finalmente, a sua avaliação contínua, tendo em vista a atualização, revisão regular e assegurar a sua efetividade” (RODRIGUES, Anabela, 2019, p. 58).

<sup>4</sup> “La intensidad de la investigación y los recursos que se inviertan en la misma dependen, sin embargo, del caso concreto. En este sentido, debe tenerse en cuenta tanto la estructura de la empresa, las cosas son bien distintas en el caso de una pequeña empresa que en el de un grupo internacional. E igualmente resulta importante el ordenamiento jurídico del país en el que debe realizarse la investigación, que debe tenerse

bien presente para las investigaciones de comportamientos que han tenido lugar en el extranjero o en la adquisición de elementos probatorios” (MOOSMAYER, 2013, p. 138).

<sup>5</sup> O artigo 20, nº 1, da Lei mencionada dispõe a metodologia sobre a conservação das denúncias, prevendo ainda que, na hipótese de ser realizada denúncia presencial, deverá ser lavrada ata fidedigna e; as verbais, via canal de denúncia, além da gravação recuperável, é necessária a transcrição completa e exta da comunicação. As balizas traçadas pela lei portuguesa permitem a preservação da cadeia de custódia.

<sup>6</sup> “A formulação deste juízo de razoabilidade (*reasonable belief*) acerca do conteúdo da denúncia é determinante especialmente em *hotlines* (canais de comunicações) estabelecidos por organizações privadas, cujos deveres de investigação são mais difusos e de menor densidade normativa se comparados com os de autoridades. A partir da nova lei, esta noção de *reasonable belief* aparece também como critério de admissibilidade por parte dos poderes públicos, visto que a apuração da denúncia se inicia após ser “considerado razoável o relato pela unidade de ouvidoria ou correição” (MARIN; SAAD-DINIZ, 2020).

<sup>7</sup> As orientações da *American Bar Association* sobre o *Upjohn* têm por objetivo evitar que os advogados conduzam as investigações de maneira irregular ou abusiva, de modo a que sejam claros com os funcionários de que estão conduzindo as investigações, deixando claro qual o papel que estão exercendo, uma vez que defendem os interesses das empresas. Não deve o advogado passar uma ideia dúbia de que possa estar na função de atender os interesses do funcionário, além de não corresponder à realidade dos fatos isso acarreta um desvio do ponto de vista ético. É preciso também ter cuidado com atitudes coercitivas (por exemplo, empregando ameaças, sendo rudes na medida em que não tenham cooperação dos empregados etc.). Ver: ABA WCCC Working Group (2012).

<sup>8</sup> Sobre o tema ver: Canestraro e Januário (2020).

## Referências

ABA WCCC WORKING GROUP. *Upjohn warnings: Recommended best practices when corporate counsel interacts with corporate employees*. Disponível em: [http://www.watgatecle.com/wp-content/uploads/2012/06/ABA\\_Upjohn\\_Task\\_Force.pdf](http://www.watgatecle.com/wp-content/uploads/2012/06/ABA_Upjohn_Task_Force.pdf). Acesso em: 27 jun. 2023.

BARRILARI, Claudia Cristina. *Crime empresarial, autorregulação e compliance*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2021.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Programa de Integridade: diretrizes para empresas privadas*. Brasília: CGU, 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-contenido/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2023.

CANESTRARO, Ana Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier (2020) Investigação defensiva corporativa: um estudo do Provimento 188/2018 e de sua eventual aplicação para as investigações internas de pessoas jurídicas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 1, p. 283-328, 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdppv6i1.324>

MARIN, Gustavo de Carvalho; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Whistleblowing no Pacote Anticrime*. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yuri (Coords.). *Pacote anticrime: reformas penais*. Florianópolis: Emis, 2020. p. 323-337.

MARTÍN, Adán Nieto. Investigações internas. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes. (Coords.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

MOOSMAYER, Klaus. Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto. (Orgs.). *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. Valência: Tirant Lo Branch, 2013. p. 137-144.

PUYOL, Javier. *El funcionamiento práctico del canal de compliance whistleblowing*. Valência: Tirant lo Blanch, 2017.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal económico: uma política criminal na era compliance*. Coimbra: Almedina, 2019.

RODRIGUES, André Alfar. *Regime de Proteção aos denunciantes (whistleblowers): uma análise comparada e jurisprudencial*. Coimbra: Almedina, 2022.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters RT, 2020.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal económico como direito penal do perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUSA, Susana Aires de. *Questões fundamentais de direito penal da empresa*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2023.

Autoras convidadas

# BALIZAS PARA A INTERPRETAÇÃO DO OCULTAR E DO DISSIMULAR NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

PARAMETERS FOR INTERPRETING TO CONCEAL AND TO DISGUISE  
WITHIN THE CRIME OF MONEY LAUNDERING

**Emília Merlini Giuliani**

Doutora em Direito pela Universität Osnabrück (Alemanha). Doutora e mestra em Ciências Criminais pela PUC-RS. Advogada.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6087455212818966>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1349-3970>

[emiliang@gmail.com](mailto:emiliang@gmail.com)

**Resumo:** O presente artigo tem por objeto a interpretação do tipo penal básico da lavagem de dinheiro, especificamente no que diz respeito aos verbos ocultar e dissimular. Tem-se observado, no contexto nacional, uma difusão cada vez maior do entendimento de que a lavagem, quando praticada por meio de uma ocultação, teria natureza de crime permanente. Entretanto não há critérios claros para que se possa determinar, com segurança, quais condutas estão abrangidas no ocultar e quais no dissimular. Do mesmo modo, há um parco desenvolvimento dos argumentos jurídicos que orientam as interpretações correntes desse tipo penal, o que contribui para uma aplicação inconsistente. Com isso, tem-se um cenário em que praticamente qualquer conduta de lavagem de dinheiro pode vir a ser classificada como ocultação e, a partir daí, quase que automaticamente como uma realização permanente do tipo penal, algo inadmissível diante das consequências mais gravosas que essa classificação traz consigo.

**Palavras-chave:** Lavagem de dinheiro; Ocultação e dissimulação; Crime permanente; Interpretação; Argumentos jurídicos.

**Abstract:** The object of this paper is the interpretation of the basic offense of money laundering, specifically regarding the verbs to conceal and to disguise. We have been witnessing, in the national context, an increasingly greater dissemination of the notion that laundering, when perpetrated through acts of concealment, constitutes a permanent crime. However, clear criteria for safely determining which behaviors fall under concealment and which fall under disguise have yet to be established. Likewise, the legal arguments conjured in support of the prevailing interpretations of this offense have not been sufficiently developed, which in turn contributes to the inconsistent application of the law's provisions. This leads to a scenario in which virtually any money laundering activity can be said to constitute concealment in the eyes of the law and, as a result, to almost automatically be classified as a permanent offense, something we deem inadmissible given the much more serious consequences that this characterization entails.

**Keywords:** Money laundering; To conceal and to disguise; Permanent offense; Interpretation; Legal arguments.

## 1. Introdução

Não é novidade que, no Brasil, a configuração legal do crime de lavagem de dinheiro padece de problemas estruturais bastante sérios (TAVARES; MARTINS, 2020, p. 26). Desde que foi editada, a Lei 9.613/98 passou por diversas alterações, muitas delas incidentes sobre os dispositivos relativos à descrição da conduta delitiva e praticamente todas no sentido de um alargamento do âmbito típico do crime.

Exemplo mais emblemático disso é a reforma operada pela Lei 12.683/12, que retirou importante demarcação do alcance dos tipos penais de lavagem de dinheiro ao abolir o rol de crimes antecedentes. Essa alteração, aliada à substituição da palavra "crime" pela expressão "infração penal" na caracterização do objeto do delito, teve o condão de ampliar significativamente o conjunto de condutas em tese passíveis de subsunção no tipo penal de lavagem, a ponto de levantar uma série de outras objeções, tanto dogmáticas como político-criminais (BADARÓ; BOTTINI, 2019, p. 96).

E, se por um lado é verdade que as modificações sofridas pela Lei 9.613/98 realmente levaram a um cenário de maior incerteza e insegurança jurídica na sua aplicação, por outro é preciso reconhecer que elas só fizeram agravar um quadro já, desde o início, bastante problemático. Fato é que os tipos penais de lavagem de dinheiro já nasceram muito mal redigidos, a começar pela sua excessiva amplitude e imprecisão (D'AVILA; GIULIANI, 2017).

Um dos problemas que a descrição típica do delito carrega consigo desde a origem diz respeito justamente à má delimitação dos verbos nucleares que compõem o *caput* do art. 1º da Lei 9.613/98. Segundo o referido dispositivo, pratica o delito de lavagem de dinheiro aquele que "[o]cultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal".

Nesse instante, o leitor pode estar se perguntando: mas o que há de tão incompreensível nos significados de ocultar e dissimular? São verbos de uso comum, até mesmo corriqueiro. E, de fato, talvez à primeira vista a interpretação dessas duas palavras não pareça

algo tão complicado. A real dificuldade, contudo, torna-se evidente quando se tenta diferenciar ambas em um contexto concreto — isto é, quando se tenta definir em qual dos verbos nucleares do tipo penal básico da lavagem uma dada ação ou omissão deve ser subsumida. Tanto é assim que não raro uma mesma conduta acaba sendo classificada pela doutrina ora como ocultação, ora como dissimulação, sem que seja possível compreender o porquê de tal divergência ante à falta de critérios interpretativos suficientemente claros.<sup>1</sup>

O principal motivo pelo qual se faz indispensável demarcar com clareza o que significa um e outro verbo está em que, conforme entendimento cada vez mais aceito no ambiente jurídico brasileiro, eles teriam natureza distinta e, por conseguinte, gerariam consequências diversas, sendo uma delas notavelmente mais gravosa para o autor do crime. Está-se falando, aqui, da classificação da lavagem de dinheiro na modalidade ocultar como uma conduta típica de natureza permanente, à qual se aplicam todas as consequências que daí se extraem (BADARÓ; BOTTINI, 2019, p. 162).

De modo bastante simples e direto: especialmente no caso de um tipo penal misto alternativo, se não for possível estabelecermos clara e previamente o que cada verbo nuclear significa para fins de aplicação da norma, esbarramos em um problema de legalidade ou, mais especificamente, de taxatividade. É justamente o que se observa em relação ao art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/98, cuja aplicação se dá, com frequência, sem a devida preocupação com a correta subsunção do comportamento ao verbo nuclear.

Casos em que uma determinada conduta é narrada como “ocultou e dissimulou” são comuns na jurisprudência. E, embora seja possível que alguém realmente pratique ambas as modalidades delitivas dentro de um contexto específico, deve-se ter cuidado para que essa caracterização não vire um refúgio argumentativo para contornar-se a necessidade de justificar a adequada subsunção da conduta concreta.

Assim, caso se deseje sustentar que alguém, por meio de uma só conduta ou tipo de conduta — por exemplo, realização de depósitos fracionados em conta corrente de terceiros ou aquisição de obras de arte a um preço inflacionado —, realmente realizou os dois verbos nucleares do tipo penal, então a hipótese é de concurso delitivo e isso deve ser enfrentado de maneira explícita. Se, contudo, houver a caracterização de certos comportamentos como sendo ao mesmo tempo “ocultar e dissimular” simplesmente porque a sobreposição de seus possíveis significados permite sua classificação como um ou como outro, cria-se uma situação em que, na prática, torna-se impossível preencher apenas um dos verbos nucleares.

No presente texto, pretendemos adentrar um pouco mais nessa questão, iniciando com uma breve explicação sobre a utilidade e a limitação dos argumentos normalmente empregados na interpretação do tipo penal básico de lavagem de dinheiro. Após, faremos uma análise de outros argumentos menos explorados, mas que podem oferecer alguma luz na resolução do problema.

## 2. Panorama da interpretação doutrinária corrente

Na tentativa de elucidar o que se deve entender por ocultar e por dissimular no contexto do crime de lavagem de dinheiro, a literatura e as jurisprudências pátrias, de um modo geral, costumam proceder

de duas formas. A primeira e mais comum abordagem interpretativa consiste no recurso a definições léxicas, eventualmente complementadas por alguma valoração incluída, em regra, sem maiores explicações. Já a segunda envolve o contraste do art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/98 com outros tipos penais que também possuem o verbo “ocultar”, para que daí se extraia sua natureza jurídica com base em uma fundamentação sistemática.

No primeiro caso, costuma-se definir o ocultar típico como sendo “esconder, disfarçar, impossibilitar o conhecimento de sua situação jurídica e espacial” (OLIVEIRA, W., 1998, p. 329); “esconder, tirar de circulação, subtrair da vista” (BADARÓ; BOTTINI, 2019, p. 115); “não deixar ver; encobrir; esconder; não revelar; não demonstrar; deixar de mencionar ou de descrever” (CARLI, 2012, p. 232). O dissimular, a seu turno, “significa tornar invisível ou pouco perceptível, disfarçar; agir com dissimulação, com reserva; fingir” (*ibid.*) ou, ainda, “ocultar com astúcia, fingir, disfarçar” (BARROS, 2013, p. 75).

De pronto percebe-se, em alguns desses esforços explicativos, a adição ocasional de qualificadores que excedem a mera definição lexical das palavras em questão, lançando-se mão de critérios já dotados de alguma valoração, como a noção de fraude ou a capacidade de ludibriar (FILLIPETTO, 2011, p. 144). Especificamente no que tange ao dissimular, muitos autores explicam-no quase que exclusivamente a partir do seu confronto com o verbo ocultar, referindo que a dissimulação no sentido típico seria uma espécie de ocultação mediante ardil, uma conduta visando a garantir algo já ocultado (OLIVEIRA, W., 1998, p. 329). A lavagem de dinheiro na modalidade do dissimular seria, assim, algo posterior à ocultação, uma conduta que surgiria como uma “segunda etapa do processo de lavagem” (BADARÓ; BOTTINI, 2019, p. 115).

Pois bem. Embora não se pretenda simplesmente rejeitar uma interpretação que busca na acepção comum das palavras elementos que permitam precisar o seu significado normativo, deve-se reconhecer que essa também não é — nem deveria ser — a única abordagem possível na determinação do conteúdo da norma, se não por outra razão, porque ela tende a produzir resultados insatisfatórios no que toca a leis vagas ou mal redigidas.

Nesse sentido, também se vê dos trechos acima transcritos que não passou despercebido à doutrina nacional o fato de que os significados dos verbos ocultar e dissimular se sobrepõem parcialmente. O ocultar, em especial, possui uma margem de manobra semântica bastante ampla: pode ser compreendido tanto em uma acepção mais concreta e restrita quanto, a depender do contexto, em um sentido mais abstrato e amplo — que, no entanto, coincide totalmente com o significado de dissimular.

Essa coincidência de sentidos vem a ser rejeitada pela maioria dos autores, que procuram diferenciá-los de alguma forma. E com razão. Segundo clássica máxima hermenêutica, “não se presumem, na lei, palavras inúteis”. Deve-se interpretar o preceito legal partindo-se do pressuposto de que nela não há palavras ociosas ou supérfluas, todas têm uma razão de ser (MAXIMILIANO, 1984, p. 250). Concluir que o legislador empregou no texto legal duas palavras sinônimas entre si violaria essa regra — sinônimos são, por definição, redundantes e, pois, inúteis.

Já aqui começam a transparecer os limites de uma interpretação amparada apenas em argumentos semânticos. Se o simples recurso

ao dicionário não é capaz de sustentar nenhuma conclusão sobre qual sentido de uma palavra é o correto na interpretação da norma analisada, então é preciso buscar em outros argumentos elementos aptos a fazê-lo. É o que se passa a expor.

### 3. A insuficiência de um quase exclusivo recurso a argumentos semânticos

Como dito, a interpretação dos elementos de um tipo penal não depende só de que se encontre o significado (seja ele coloquial ou técnico) dos seus termos. Para explicar esse ponto, faremos uso da classificação dos argumentos jurídicos elaborada por **Alexy** (2016, p. 84). A partir de uma estratégia classificatória por ele denominada de “ampla”, o autor separa esses argumentos em quatro grandes categorias, quais sejam: (a) argumentos linguísticos, (b) argumentos genéticos, (c) argumentos sistemáticos e (d) argumentos práticos gerais.

De acordo com essa estrutura classificatória, os argumentos linguísticos subdividem-se em semânticos e sintáticos. De forma bastante simples, temos que os primeiros dizem respeito ao significado das palavras, ao passo que os segundos lidam com a estrutura gramatical e a função dos termos de uma dada oração. Logo aqui, portanto, já fica claro que argumentar com base no significado de um termo contido na norma não esgota nem ao menos as possibilidades dos argumentos linguísticos.

Ainda que tenham geralmente uma utilidade mais evidente, os argumentos semânticos possuem visíveis limitações, uma vez que têm por objeto somente a constatação do(s) significado(s) das palavras, e não a sua estipulação (ALEXY, 2016, p. 85). No caso do verbo ocultar, em particular, um argumento semântico só é capaz de nos revelar que a palavra é polissêmica. Sem uma análise concreta do contexto do seu emprego e de outros elementos linguísticos, não é possível determinar qual ou quais dos seus significados seria o correto em termos jurídico-penais.

Nesse passo, a estrutura do art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/98, oferece pelo menos mais um aspecto digno de consideração caso se deseje construir uma argumentação linguística um pouco mais sólida. Ao incluir o viés sintático na análise, podemos argumentar que a ligação de dois termos por meio da partícula “ou” elimina, ainda que apenas em parte, a ambiguidade do termo ocultar, algo já sugerido pela nossa literatura, embora de maneira tímida (MAIA, 1999, p. 66; OLIVEIRA, A., 2019, p. 68).

Explica-se. Em termos gramaticais, conjunções expressam uma relação lógico-semântica entre os termos ou orações. Por ser uma conjunção coordenativa, a partícula “ou” conecta, via de regra, dois termos em uma relação de alternância. A partir daí, seria possível arguir que, ao ligar dois verbos por meio da conjunção “ou”, a norma os empregou em seus significados distintos, isto é, ambos não poderiam ser simplesmente tomados como sinônimos entre si. Constatação esta que, por sua vez, afasta uma possível interpretação do ocultar no seu sentido mais abstrato, uma vez que tal seria coincidente com o significado de dissimular. É claro que isso, por si só, não define o conteúdo normativo do dispositivo, embora possa fornecer alguma base para refutar eventuais compreensões em contrário.

Não seria possível, por óbvio, esgotar a análise linguística neste

trabalho. Dentre outras coisas, seria necessário, ainda, considerar a relação entre outros elementos típicos do preceito sob exame. Veja-se que o ocultar e o dissimular não se referem apenas aos “bens, direitos ou valores” em si, mas à sua “natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade”. Seria preciso, portanto, verificar as possibilidades de interpretação dos verbos em relação a cada uma dessas características, algo em regra não levado em consideração quando da aplicação do art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/98.

Seja como for, é preciso que se tenha em mente: ao interpretar uma norma, raramente é o caso de nos satisfazermos só com argumentos de natureza linguística. Embora no Direito Penal argumentos baseados na redação da norma tenham prioridade em razão do princípio da legalidade (ALEXY, 1991, p. 95), a interpretação jurídica ocorre por meio da construção e apreciação de diferentes argumentos em conjunto, com a ponderação de seu peso e interação com os demais (ÁVILA, 2001, p. 159).

Ainda assim, não se encontra, no contexto do crime de lavagem de dinheiro, uma argumentação linguística sólida, que proceda a uma verificação mais detida dos significados dos termos analisados e da estrutura gramatical da norma em tela. Isso não seria um problema tão sério não fosse o fato de que, ao menos no terreno doutrinário, essa tende a ser a única argumentação oferecida na análise hermenêutica do art. 1º, *caput*, Lei 9.613/98. Nas poucas ocasiões em que se verifica o acréscimo de outros argumentos para justificar uma determinada interpretação desse tipo penal, isso é feito sem o devido aprofundamento.

Amostra disso é a tentativa de diferenciação dos significados dos verbos ocultar e dissimular com base no momento do processo de lavagem que cada um estaria a representar. Tal proposta se orienta pelo modelo de fases elaborado pelo Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) e argumenta que a ocultação englobaria “todo e qualquer ato inicial de encobrimento do produto ilícito dos olhares públicos”, ao passo que a dissimulação abrangeria atos praticados na “segunda etapa do processo de lavagem” (BADARÓ; BOTTINI, 2019, p. 115).

Essa, no entanto, não é uma boa estratégia interpretativa. Primeiro porque, como apontado por **Tavares e Martins** (2020, p. 112), apoia-se em uma divisão artificial. Segundo, porque o modelo de fases não foi elaborado como representação fiel de todo e qualquer processo de lavagem de dinheiro, senão que apenas daquele que, à época, era considerado o mais usual e emblemático. Tanto é assim, que a primeira fase desse modelo — colocação (*placement*) — só tem lugar se e quando o bem objeto da lavagem se tratar de um bem corpóreo (comumente dinheiro), que precisa ser inserido no sistema financeiro para possibilitar a realização de outros atos de lavagem.

Com isso, sequer haveria de se falar em “primeira fase” do processo de lavagem quando o produto do delito antecedente tiver sido obtido por meio de uma transferência bancária, uma vez que nesse caso o objeto estava inserido no sistema financeiro (pense-se, aqui, em um estelionato praticado por meio do “golpe do boleto falso”, em que a vítima efetuou o pagamento por Pix). Do mesmo modo, esse paralelo com o *placement* torna impossível falar-se em ocultação quando o primeiro ato da lavagem não corresponder a uma inserção de dinheiro no sistema financeiro, a exemplo do que acontece nos casos em que o agente adquire bens com o produto do crime antecedente (imóveis, carros etc.).

Não nos parece que só se possa perfazer a ocultação descrita no tipo penal do art. 1º da Lei 9.613/98 quando a ação ou a omissão representar a fase inicial da lavagem de dinheiro, nem que ela se restrinja a casos tão limitados. Além disso, o próprio modelo de fases do GAFI não traz uma delimitação semelhante. A colocação, ali, não quer dizer necessariamente “ocultar”. Nada impede que ela ocorra por meio de uma conduta de dissimulação. Embora a proposta tenha o mérito de estabelecer uma esfera de significado atribuível a cada verbo nuclear de forma bem delimitada, ela peca ao deixar de demonstrar por que o paralelo traçado se justificaria, bem como ao não considerar seu impacto na interpretação dos demais tipos penais do art. 1º da Lei 9.613/98.

A importância de se construir uma argumentação consistente e clara, diferenciando-se os tipos de argumentos que fundamentam uma ou outra interpretação, está também em que isso nos permite identificar pontos falhos no raciocínio aplicado, caso existentes — algo ainda mais crucial diante de uma norma penal obscura e mal redigida.

No caso do art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/98, será insatisfatória toda interpretação que não permita determinar quais tipos de condutas estão abarcadas em cada um dos verbos nucleares, especialmente se se queira insistir no entendimento de que o ocultar configura crime permanente. Não ter critérios firmes para determinar previamente se um comportamento deve ser subsumido sob um ou outro verbo resulta em uma situação inadmissível de indefinição e, em última instância, ofensa ao princípio da legalidade. Dessa forma, é necessário partir para outros argumentos a fim de determinar de forma mais segura o sentido dos verbos nucleares do tipo penal básico da lavagem de dinheiro no Brasil.

#### **4. A introdução de outros argumentos na interpretação do tipo penal básico da lavagem**

Havíamos mencionado que, conforme a proposta de **Alexy**, é possível organizar os argumentos jurídicos em quatro grandes categorias. Dedicamos um espaço maior deste artigo à análise da primeira delas, não apenas em razão de seu maior peso no âmbito penal, mas também de sua nítida prevalência na literatura jurídica brasileira que se dedica ao tratamento penal da lavagem de dinheiro.

Agora, cabe-nos avançar um pouco mais. Seria impossível, neste curto espaço, desenvolver todos os argumentos relevantes à solução do problema. Por isso, faremos um exame de dois deles — um genético e um sistemático —, em virtude de serem também, ocasionalmente, invocados no contexto da aplicação da Lei 9.613/98.

Desse modo, uma segunda via para resolver o problema da indeterminação e da sobreposição de significados dos elementos típicos do crime de lavagem na sua modalidade básica poderia se dar por meio da argumentação genética. Aqui, perquire-se tanto o sentido que o legislador histórico procurou dar para as palavras da norma (viés semântico) quanto aquilo que ele buscava atingir através do tipo penal criado (viés teleológico). A utilização de argumentos de natureza genética pressupõe que se tenha acesso a alguma fonte confiável que permita a verificação dessa vontade do legislador (ALEXY, 2016, p. 87).

No caso da Lei 9.613/98, tal fonte está consubstanciada na Exposição de Motivos 692/MJ, na qual são explicitadas as razões

da criminalização da conduta e da particular formulação dada aos tipos penais de lavagem de dinheiro. Segundo exposto no ponto 29 do documento:

A redação dada ao *caput* do art. 1º responde à experiência e técnica vitoriosas em direito comparado, encontrando-se tal tipificação na Alemanha (§ 261 do Código Penal), na Bélgica (§ 4º do art. 505 do Código Penal, introduzido por Lei de 17 de julho de 1990), na França (art. 222-38 e 324-1 do Código Penal, redigidos pela Lei no 96-392 de 13 maio de 1996), no México (art. 400 bis do Código Penal, alterado em 13 de maio de 1996), em Portugal (alínea *b* do item 1 do art. 2º do Decreto-Lei no 325, de 2 de dezembro de 1995) e na Suíça (art. 305 bis do Código Penal, introduzido por Lei de 23 de março de 1990), dentre outros. Além do mais, o texto responde às recomendações internacionais (alínea *ii* da letra *b* do art. 3º da Convenção de Viena; e o no 3 do art. 2º do Regulamento Modelo da CICAD).

Como se vê, tudo o que se pode depreender desse trecho é que a redação do tipo penal básico da lavagem de dinheiro, no Brasil, foi inspirada pela legislação de outros países acerca da matéria. Mas é só. Para além disso, nada há que nos diga por que a norma incriminadora brasileira foi estruturada da maneira como o foi. E a referência à legislação estrangeira não ajuda no deslinde da questão, pois uma rápida consulta aos tipos penais dos países ali citados já revela que nem ao menos há uma unidade ou harmonia nas respectivas descrições das condutas delitivas de lavagem.

Tampouco há, na Exposição de Motivos, uma menção mais específica aos significados dos termos ocultar e dissimular. O legislador brasileiro não elucidou quais condutas pretendia abarcar ao incluir na norma esses dois verbos nucleares e isso acaba prejudicando sobremaneira o desenvolvimento de uma argumentação genética de viés semântico cujo objetivo esteja, justamente, em definir melhor o alcance desses elementos típicos. Outrossim, deve-se pontuar que a força argumentativa das razões de ordem genética acaba sendo, aqui, limitada também em decorrência das sucessivas modificações da Lei 9.613/98, que acabaram por contrariar boa parte dos parâmetros hermenêuticos fornecidos pelo legislador na Exposição de Motivos (D’AVILA; GIULIANI, 2017).

Passamos, então, à análise da terceira via argumentativa.

Observa-se que a jurisprudência brasileira vem adotando uma compreensão do ocultar enquanto crime permanente a partir do que parece ser uma perspectiva sistemática. Essa abordagem está bem ilustrada no julgamento da APn 863/SP, ocasião em que a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria, que a natureza permanente da lavagem de dinheiro na modalidade da ocultação encontraria respaldo na interpretação de outros dois tipos penais do ordenamento jurídico brasileiro: a ocultação de cadáver (art. 211, CP) e a receptação (art. 180, CP).

Embora a argumentação do Tribunal careça de maior aprofundamento,<sup>2</sup> trata-se de uma abordagem promissora, porque apoiada em um critério bastante objetivo. De todo modo, é preciso pontuar: os tipos penais usados pela Corte para justificar seu entendimento claramente empregam o verbo ocultar no sentido de “esconder algo físico”. No caso do delito do art. 211, CP, trata-se de obriedade, tendo em vista a existência exclusivamente física de um cadáver. Já quanto ao crime de receptação na modalidade de ocultação, seria altamente questionável admitir-se que o objeto receptado pudesse ser algo

abstrato e não um objeto também físico, na medida em que isso contraria a essência do delito e sua própria descrição legal, que fala expressamente em “coisa”.

Portanto, parece fundamental que se procure ser, aqui, ao menos coerente com o argumento trazido: se o verbo ocultar utilizado no art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/98, deve ser interpretado da mesma forma que nos crimes de ocultação de cadáver e de receptação, então deve-se assumir que sua acepção em todos esses tipos penais é também a mesma, qual seja, a de esconder fisicamente o objeto do delito. Caso contrário, a equiparação não se justifica e o raciocínio não se sustenta.

Isso, por sua vez, conduz à conclusão de que uma interpretação que aceite a lavagem de dinheiro por ocultação como crime de natureza permanente em razão desse argumento sistemático só possui alguma consistência caso se aceite que se trata, também aqui, de um ocultar em sentido concreto, relativo a uma coisa física — e não, como tem sido feito, de um “ocultar” amorfo e abstrato, capaz de abranger toda espécie de “dissimular ou mentir sobre”, de “escamotear depósitos e movimentações”, de “mascarar a propriedade e disposição” de valores.

Com isso, condutas como a manutenção de valores em contas bancárias de terceiros ou de empresas situadas em *offshore*, por exemplo, não poderiam configurar o crime de lavagem de dinheiro por ocultação, já que o simples depósito elimina a existência física do dinheiro, que passa a existir apenas virtualmente e, desse modo, não pode mais ser ocultado em um sentido concreto. Isso, claro, caso realmente se queira justificar a interpretação do ocultar como crime permanente com base no argumento sistemático tal como apresentado.

É bem verdade que, nessa hipótese, chega-se a uma interpretação mais restritiva do crime de lavagem de dinheiro na modalidade do ocultar. Por outro lado, não se trata de uma interpretação que deixa a descoberto condutas antes passíveis de subsunção ao tipo penal do art. 1º, da Lei 9.613/98, precisamente porque tudo o que se elimina, aqui, é a sobreposição e a indefinição excessiva dos significados dos verbos nucleares. É dizer: as condutas que não podem ser encaixadas no ocultar certamente o poderão ser no dissimular, apenas não enquanto crime permanente.

## 5. Conclusão

Ainda há muito a ser desenvolvido na construção da interpretação do art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/98. Neste curto artigo procurou-se, de um lado, demonstrar a insuficiência dos argumentos invocados tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência para justificar uma determinada compreensão do tipo penal básico da lavagem de dinheiro e, de outro, avançar na análise de argumentos menos explorados, mas ocasionalmente empregados na sua exegese.

Da investigação empreendida pôde-se constatar a ausência de um comprometimento não só com a interpretação que se escolhe dar ao dispositivo, mas com os próprios argumentos usados para embasá-la. Isso ficou bastante claro pelo exame do argumento sistemático usado pela jurisprudência para justificar a conclusão de que a lavagem de dinheiro, quando praticada por meio de uma ocultação, seria crime permanente. Embora essa interpretação seja, de fato, possível, ela não conta com uma fundamentação completa e isso, na prática, tem levado a uma aplicação do tipo penal que desborda dos limites que o argumento em questão é capaz de amparar. É preciso, portanto, que se corrija a interpretação, caso se deseje ser coerente com o argumento invocado, ou que se ofereça outros fundamentos aptos a justificar o entendimento.

## Notas

<sup>1</sup> A título de ilustração, Badaró e Bottini (2019, p. 115-116) descrevem o *smurfing* como sendo exemplo de lavagem por ocultação, enquanto Carli (2013, p. 241) o caracteriza como dissimulação. Já transferências via dólar-cabo são descritas pelos primeiros autores como representativas de uma dissimulação, ao passo que Carli as classifica como sendo ocultação da movimentação.

<sup>2</sup> Isso porque a Corte se limitou a basear seu raciocínio na análise de duas figuras típicas, sendo que, apenas no Código Penal, o verbo ocultar aparece em dezesseis dispositivos e em acepções divergentes, sendo que alguns desses delitos são tidos como crimes instantâneos. Exemplo disso é o delito de fraudes e abusos na fundação

ou na administração de sociedade por ações (art. 177, *caput* e §1º, CP), no qual a conduta de ocultar se refere expressamente a fatos, e não a um objeto físico — e é entendido como crime instantâneo (NUCCI, 2019, p. 1077-1078). Ou seja, nem sempre o termo ocultar leva à classificação de um crime como permanente. O padrão que parece existir, na verdade, é: quando esse verbo é usado na sua acepção abstrata — de encobrir, mentir ou omitir fatos e características (como a filiação, no caso do art. 243, CP) — ele leva à configuração de um crime instantâneo, não permanente. Essa conclusão, contudo, precisaria ser melhor desenvolvida, de preferência com a verificação de outros delitos que se encontrem na legislação esparsa.

## Referências

ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2016.

ALEXY, Robert. Statutory interpretation in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting statutes*. Londres: Routledge, 1991, p. 73-121.

ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 19, 2001, p. 157-180. <https://doi.org/10.22456/0104-6594.71526>

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. Comentários à Lei nº 9.613/1998, com as alterações da Lei nº 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CARLI, Carla Veríssimo de. Dos crimes: Aspectos objetivos. In: CARLI, Carla Veríssimo de (Org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 215-274.

D'AVILA, Fabio Roberto; GIULIANI, Emília Merli. O problema da autonomia na lavagem de dinheiro. Breves notas sobre os limites materiais do ilícito-típico à luz da legislação

brasileira. In: FARIA COSTA, José de et al. (Orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. v. 1. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017. p. 419-444.

FILLIPETTO, Rogério. *Lavagem de dinheiro: crime econômico da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro: (lavagem de ativos provenientes de crime) anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OLIVEIRA, William Terra de. Segunda parte: dos crimes e das penas. In: CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luis Flávio (Orgs.). *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 313-340.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Lavagem de dinheiro: Responsabilidade pela omissão de informações*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

Autora convidada

# POLÍTICA PÚBLICA CRIMINAL: CAMINHOS LEGAIS E DOCTRINÁRIOS PARA A AVALIAÇÃO LEGISLATIVA EM MATÉRIA PENAL NO BRASIL

*CRIMINAL PUBLIC POLICY:  
LEGAL AND DOCTRINAL DISCUSSIONS FOR LEGISLATIVE EVALUATION IN BRAZIL*

## Chiavelli Facenda Falavigno

Doutora em Direito Penal (USP), Professora adjunta da Universidade Federal de Santa Catarina.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9833644727888072>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7264-2171>

[chiavellifalavigno@gmail.com](mailto:chiavellifalavigno@gmail.com)

**Resumo:** O presente trabalho discute a importância do estudo das ciências criminais em seu conjunto, salientando a necessidade de que se consolide uma área de pesquisa voltada à Política Legislativa Penal, que tem por pressuposto o uso de dados empíricos na discussão de criminalizações. Em um segundo momento, intersecciona-se dito conceito com o de política criminal, apontando os meios legais para que a avaliação legislativa penal comece a ser realizada no Brasil.

**Palavras-chave:** Política criminal; Racionalidade legislativa; Avaliação de impacto legislativo.

**Abstract:** This paper discusses the importance of studying criminal sciences as a whole, highlighting the need to consolidate a research area focused on Criminal Legislative Policy, which presupposes the use of empirical data in the discussion of criminalization. In a second moment, this concept is intersected with that of criminal policy, pointing out the legal means for the criminal legislative evaluation to begin to be carried out in Brazil.

**Keywords:** Criminal policy; Legislative rationality; Legislative impact assessment.

## 1. Introdução

Quem pesquisa e ensina na área das ciências criminais no Brasil há muito já não questiona a necessidade de uma análise interdisciplinar dos temas relacionados à violência. Ainda mais evidente é a urgência de se pensar as ciências criminais em seu conjunto, pois a dogmática penal, campo geralmente destacado nos currículos das faculdades de direito, é absolutamente insuficiente para que se compreenda o que ocorre (e o que deveria ocorrer) no trato da questão criminal no Brasil. E que se diga mais: a lógica de priorizar a dogmática penal se encontra, para dizer o mínimo, invertida, pois esta trabalha em cima de conceitos (e valores) já adotados pela lei penal posta. O processo de confecção dessas leis e seus efeitos na realidade são, a nosso ver, estes sim, merecedores de maior atenção.

## 2. Da política legislativa à política criminal

Nesse sentido, o campo de estudo e pesquisa da Política Legislativa Penal vem ganhando importância, seja no âmbito teórico, com a ideia das racionalidades legislativas, seja no campo prático, com a determinação das ferramentas que podem aproximar o longínquo conceito jurídico dos dados relativos ao cometimento de delitos e ao funcionamento (reação) das agências de punição. A Política Legislativa Penal é, portanto, uma área que visa, sobretudo, a incorporar dados

empíricos em matéria de criminalização. Deve-se destacar, ademais, que o próprio conceito de racionalidade legal passa pela ideia de que a confecção de leis não pode deixar de ter em conta a realidade – social e jurídica – na qual estas serão aplicadas.<sup>1</sup>

Por não ser a lei a única medida possível de enfrentamento da violência, nem ser a Política Legislativa algo exclusivamente penal, pode-se dizer que esta última intersecciona, mas não se confunde, com uma área ainda mais conhecida no âmbito das ciências criminais, que é a política criminal.

## 3. Da política criminal à política pública (e sua avaliação)

Tendo em vista o limitado espaço deste trabalho, não serão discutidos aqui os diversos conceitos de política criminal.<sup>2</sup> Nosso ponto é: sabendo-se que a segurança pública é um problema coletivo, pode-se dizer que a política criminal é também uma política pública?

Diez Ripollés (2011, p.12:5) autor espanhol estudioso da racionalidade legislativa penal, afirma: “*La política criminal, como cualquier otro tipo de política pública, aspira a ser un agente de transformación social, si bien confinada a un segmento limitado del comportamiento social*!”. Naquele país, aliás, foi recentemente aprovada legislação que institucionaliza a avaliação de políticas públicas na Administração

Geral do Estado (Lei 27/2022). Segundo dita lei, entende-se por política pública

*el conjunto de actuaciones dirigidas a la satisfacción del interés general o a la solución de un problema o necesidad públicos, en cualquiera de sus formas de despliegue en normas, estrategias, planes, programas, medidas, o cualquier otra denominación equivalente.* (ESPANHA, 2022, art. 2)

Em pesquisa também publicada na Espanha, **Demelsa Benito Sánchez** (2020) se propôs a relacionar os dados empíricos de cometimento de determinados delitos com as alterações legislativas propostas em cada setor, trabalhando com a perspectiva de encontrar alguma racionalidade em meio a discursos de populismo punitivo. Dentre muitas conclusões, uma delas foi a dificuldade de se obter esses dados, por sigilosos ou, sobretudo, inexistentes (diga-se, confiáveis).

Em terras brasileiras, **Rafael Strano** (2023, p. 83), em minucioso estudo sobre o tema, após analisar bibliografia de diversos países e diversas áreas afins, não conclui de outro modo: “Enquanto manifestação de poder, a política criminal é o Estado em ação em relação à questão criminal. Trata-se de uma política pública que, no Brasil, atinge em sua forma mais aguda aproximadamente 800 mil pessoas”.

Relacionando o conceito de política criminal com a política penal e a política social, conclui **Marcelo Buttelli Ramos** (2023, p. 287):

Destarte, pode-se afirmar que, ao menos em termos conceituais, toda política criminal pode ser considerada uma espécie de política pública aplicada, uma vez que o seu objetivo último é intervir sobre a realidade social de modo a resolver questões pontuais representadas ou efetivamente identificadas pela coletividade como problemáticas (p. ex. a redução da frequência de cometimento e gravidade dos comportamentos delitivos).

Assim sendo, torna-se a política criminal um campo profícuo,

segundo o autor, para que se relacionem as construções teóricas da dogmática com os achados empíricos da Criminologia.

Voltando-se para o ordenamento jurídico pátrio, nota-se que a Emenda Constitucional 109/2021 impôs à Administração Pública a obrigação de avaliar as políticas públicas e, recentemente, o Decreto 11.558/2023 dispôs sobre o Conselho de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas.<sup>3</sup>

Assim, ainda que se tenha dedicado outro trabalho à análise de projetos de lei mais específicos sobre o tema — como o famoso PL 4.373 (BRASIL, 2016) —, o que se nota é que hoje já se pode, sim, defender a implementação desse instrumento de legística que vai além das diretrizes do Decreto 9.191/2017, que é a avaliação dos efeitos prévios e posteriores das leis penais. E isso pode se dar por meio de instrumentos legislativos que embasam a avaliação de políticas públicas (FALAVIGNO; CALIXTO, 2022).

#### 4. Considerações finais

Pode-se dizer, portanto, que o sistema jurídico brasileiro tem um arcabouço normativo, além de sólida construção doutrinária, que embasa a necessidade de avaliação legislativa em matéria penal, considerando-se que política criminal (como política pública de trato da criminalidade) se faz, em grande parte, por meio da legislação federal sobre o tema. A criminalização ou o aumento de penas, por força da legalidade, é o pontapé inicial na aplicação de dita política pelas demais agências que compõem o sistema repressivo do Estado. Quanto aos dados iniciais de comparação, para além das agências oficiais, pode-se contar com o trabalho de pesquisa oriundo do Direito e de outros campos, enfatizando-se a interdisciplinaridade da matéria.<sup>4</sup>

O que falta para a avaliação legislativa sair do papel ou do sumário dos livros acadêmicos e passar a fazer parte do processo de confecção e reforma das leis penais — e da estruturação da política pública criminal — no Brasil?

#### Notas

<sup>1</sup> “Así, una decisión legislativa que afecte a materias relativas al control social, y al control penal en particular, merecerá ser considerada racional si atiende a todos o la mayoría de los datos relevantes de la realidad social y jurídica sobre la que tal decisión pretende incidir.” (OLIVER-LALANA, 2019, p. 131).

<sup>2</sup> Sobre o tema, Marcelo Buttelli Ramos (2023, p. 273) afirma: “Há quem considere a política criminal como um conjunto de decisões políticas fundamentais, de caráter técnico-valorativo, tomadas a partir da esfera legislativa e que visam estabelecer as regras e os objetivos que regerão a atuação repressiva do Estado em face de condutas consideradas socialmente indesejadas. Por outro lado, há aqueles que compreendem a disciplina como um campo de investigação particularmente interessado na crítica e aperfeiçoamento da legislação penal à luz de diretrizes axiológicas concebidas com

base na verificação científica das causas do crime e da eficácia das sanções penais no marco geral das estratégias adotadas pelo Estado em sua luta contra a criminalidade. Outras aproximações conceituais definem a disciplina como um conjunto de objetivos e procedimentos institucionais estruturados a partir de dois vértices fundamentais: prevenção e repressão da criminalidade, ou, ainda, como um conjunto de reflexões acerca das estratégias adotadas pelo Estado e pela sociedade civil com o fito de ‘garantir a coesão e a sobrevivência do corpo social, respondendo às demandas públicas pela segurança das pessoas e dos bens’”.

<sup>3</sup> Acessar a página do CMAP em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/cmap>.

<sup>4</sup> Por exemplo, o chamado Atlas da Violência. Disponível em <https://forumseguranca.org.br/>.

#### Referências

BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. *Evidencia empírica y populismo punitivo: El diseño de la política criminal*. Barcelona: JM Bosch, 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 4373/2016 de 16 de fevereiro de 2016*. Estabelece a necessidade de análise prévia do impacto social e orçamentário das propostas legislativas que tratam de criação de novos tipos penais, aumento de pena ou que tornem mais rigorosa a execução da pena. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2077166>. Acesso em: 12 jul. 2023.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. La dimensión inclusión/exclusión social como guía de la política criminal comparada. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. n. 13-12, p. 12:12:36, 2011. Disponível em: <http://criminet.ugres/recpc/13/recpc13-12.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2023.

ESPANHA. *Ley 27/2022, de 20 de diciembre, de institucionalización de la evaluación de políticas públicas en la Administración General del Estado*. Publicado em: BOE, n. 305, p.

178598-178619, 21 dez. 2022. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/l/2022/12/20/27>. Acesso em: 6 jul. 2023.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda; CALIXTO, Glexandre de Souza. Política legislativa penal em debate: um estudo comparativo entre Brasil e Espanha. In: AMARAL, Augusto Jobim do; GUADAGNIN, Renata (Orgs.). *Conexões Internacionais: temas atuais em Direitos Humanos*. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2022. p. 95-114. <https://doi.org/10.36592/9786581106666-06>

OLIVER-LALANA, Daniel. *La legislación en serio: Estudios sobre derecho y jurisprudencia*. Valência: Tirant lo Blanch, 2019.

RAMOS, Marcelo Buttelli. Política (pública) criminal, ciência do direito penal e criminologias: aportes para uma construtiva relação de interdisciplinaridade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 13, n. 1, p. 271-291, 2023. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v13i1.8822>

STRANO, Rafael. *Política pública criminal*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023.

Autora convidada

# MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS ALTERNATIVAS À PRISÃO: UMA ANÁLISE RETROSPECTIVA PARA MELHORES PERSPECTIVAS

*PRECAUTIONARY MEASURES OF PERSONAL CHARACTER DIFFERENT TO PRISON:  
A RETROSPECTIVE ANALYSIS FOR BETTER PERSPECTIVES*

**Fernanda Regina Vilares**

Doutora e Mestre em Direito Processual Penal pela USP. Pós-Doutoranda em Direito Penal Econômico pela FGV-Direito SP.

Procuradora da Fazenda Nacional. Professora da FGVLaw.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7120976721046639>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4319-7926>

[vilares@uol.com.br](mailto:vilares@uol.com.br)

**Resumo:** Este artigo parte da constatação da ineficácia da Lei 12.403/2011 e, por meio de uma apresentação de perspectivas histórica, dogmática e de política criminal, aponta para a necessidade de mudança de cultura institucional para melhorar essa realidade.

**Palavras-chave:** Medidas cautelares; Pessoal; Alternativa; Prisão.

**Abstract:** This article starts from the finding of ineffectiveness of Law 12,403/2011 and, through a presentation of historical, dogmatic and criminal policy perspectives, points to the need to change the institutional culture to improve this reality.

**Keywords:** Precautionary measures; Personal character; Different from prison.

## 1. Considerações iniciais

Como qualquer medida cautelar, as medidas pessoais alternativas à prisão de natureza assecuratória têm como objetivo e finalidade garantir o resultado final do processo ou a instrução probatória. São pessoais porque afetam o indivíduo e não bens e patrimônio e são alternativas por serem uma opção, destaque-se, preferível, à prisão cautelar.<sup>1</sup>

As medidas cautelares pessoais inserem-se dentro do sistema processual penal que, por sua vez, integra o modelo criminal violento (MORAES, 2022). Dentro de uma metodologia persecutória-punitiva, a providência que priva um investigado ou acusado de liberdade com o escopo de assegurar a coleta de elementos probatórios ou de viabilizar a prisão-pena tem a evidente natureza de instrumento carregado de violência institucional e, como tal, deve ter sua aplicação minimizada na máxima medida do possível. Assim, as medidas alternativas à prisão (embora não deixem de integrar o mesmo sistema orientado à punição) são um mecanismo de humanização do processo penal, porquanto evitam a interferência na liberdade dos indivíduos.

O objeto deste breve texto não é novidade no ordenamento, tendo sido inserido pela legislação há mais de dez anos. A dúvida que emerge, no entanto, é: a mudança normativa surtiu efeitos práticos? Em outras palavras, a nova lei apresentou eficácia e resultou em

menor número de decretação de prisões cautelares? De forma clara e objetiva, a resposta é não. Os números serão apresentados no decorrer do texto e a análise será acompanhada das perspectivas histórica, dogmática e de política criminal. Isso porque não se pretende aqui, simplesmente, apresentar um diagnóstico pessimista e fatalista. Pretende-se, com o texto, provocar algumas leituras diferentes do instituto e da conjuntura dos sistemas processual penal e penitenciário brasileiros para que, ao final, seja possível apresentar alguma efetiva alternativa para efetivar as medidas alternativas.

## 2. Percorso histórico

É contraintuitivo, mas a prisão-pena foi uma evolução humanista dos castigos corporais inicialmente imputados aos condenados, tais como tortura e pena de morte. Antigamente, a prisão já existia, mas tinha natureza meramente cautelar, ou seja, consistia em uma sala de espera da pena-corpórea. Em 385 D.C., a pena de prisão ganhou autonomia como resposta penal (BRANDÃO, 2022, p. 64) e, desde então, os sistemas penal e processual penal vêm sendo humanizados. O encarceramento, que era perpétuo, passou a ser limitado no tempo; o pensamento iluminista banuiu as penas degradantes à integridade física do indivíduo; e a racionalidade penal atingiu o Brasil em uma reforma legislativa que introduziu as penas alternativas ou restritivas de direitos nos arts. 43 e 44 do Código Penal em 1998.

No entanto, se a resposta penal definitiva havia sido abrandada e sido

descolada da privação da liberdade de uma pessoa, o mecanismo para assegurar o resultado final do processo continuava sendo o mesmo: prisão. Em outras palavras, mesmo que um processo não resultasse em privação da liberdade ao final, era possível decretá-la no curso da instrução e essa determinação continuava sendo comum.

Havia duas opções: liberdade ou imposição de prisão cautelar nos casos em que os requisitos legais estivessem presentes. Cientes do exagero que a privação de liberdade ensejava em alguns casos, alguns operadores do direito começaram a propor a utilização do poder geral de cautela<sup>2</sup> para impor medidas menos gravosas cautelarmente, embora não houvesse previsão legal. Assim, os resultados assecuratórios poderiam ser alcançados sem gerar custos ao Estado ou atingir a liberdade do indivíduo. Em que pese a dissonância constitucional da proposição diante da taxatividade dos meios de intervenção a direitos fundamentais (CASTRO, 2017), a essência da ideia foi celebrada. Assim, o desajuste com a legalidade foi resolvido em 2011, quando a Lei 12.403 introduziu expressamente, por meio do art. 319 do CPP, as medidas cautelares alternativas à prisão.

### 3. Normas reitoras de aplicação das medidas cautelares pessoais alternativas à prisão

Inseridas no ordenamento, as medidas passam a integrar o aparato legal das medidas cautelares e, como tais, devem se submeter às regras gerais sobre o tema. De partida, a elas aplicam-se a garantia da liberdade e o princípio da presunção de inocência (art. 5º. *caput* e inciso LVII da Constituição da República). Continua sendo necessário repisar que a prisão é a exceção, o que se alerta em diversos incisos do art. 5º. da CR (notadamente os incisos LXI, LXV e LXVI) e em dispositivos de tratados internacionais de Direitos Humanos internalizados pelo Estado Brasileiro (art. 7.2 do Dec. 678/92 e art. 8.2. do Dec. 678/92). Em suma: "Provisória é sempre a prisão (material ou processual), nunca a liberdade!" (MORAES, 2017, p. 291).

Apesar de não haver um dispositivo legal que, especificamente, preveja para as medidas cautelares pessoais alternativas à prisão a necessidade de observar o binômio *fumus delicti commissi* e *periculum libertatis*, a doutrina aponta a regra do art. 312 do CPP, sobre prisão preventiva, como a matriz geral das medidas cautelares pessoais. Nesse contexto, uma decisão judicial que decreta uma medida cautelar deve ser fundada em prova da existência do crime, indício suficiente de autoria (*fumus delicti commissi*) e indícios do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (*periculum libertatis*) (BADARÓ, 2021, p. 1226; MORAES, 2017, p. 295-304).

O mesmo artigo anuncia os objetivos das medidas cautelares e, leitura conjunta com o art. 282, I, do CPP, permite afirmar que são justificadas por sua aptidão para evitar uma situação de perigo ao meio (investigação ou instrução), aos fins do processo (aplicação da

lei penal) ou, em uma concepção mais material do que processual, quando for observado risco às ordens pública ou econômica (evitar prática de infrações) em decorrência de um comportamento do imputado, o qual deve estar demonstrado nos autos (MORAES, 2010, p. 382-398).

É importante que essa matriz legal das medidas cautelares extraída do art. 312 do CPP seja submetida, posteriormente, a uma filtragem de acordo com os critérios do art. 282 do CPP que, em seus incisos, traz a concretização do princípio da proporcionalidade e permite a correta individualização da medida. O princípio da proporcionalidade envolve a observância da legalidade, justificação constitucional, judicialidade e motivação, além dos conhecidos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (SERRANO, 1990).

Esse caminho de concretização da intervenção a esfera de direitos fundamentais do indivíduo que será percorrido por entre esses dispositivos legais leva, na leitura proposta por **Maurício Zanoide de Moraes**, ao seguinte roteiro decisório: i) identificar o "pressuposto" de aplicação da medida, consistente no *fumus delicti commissi*, representado por elementos que comprovem a materialidade e os indícios de autoria; ii) identificação do "requisito específico" que represente o perigo concreto identificado apontado no inciso I do art. 282 do CPP; e iii) escolha da "medida adequada" à gravidade e à natureza do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, de acordo com o inciso II do art. 282 do CPP. Constatados esses itens, o requerimento deve ser feito à luz das espécies legais de medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP e o magistrado deve se pronunciar de forma fundamentada sobre o pedido (MORAES, 2017, p. 295-304).

"A PRISÃO É UM FATOR CRIMINÓGENO, NÃO IMPORTA SE EM CARÁTER CAUTELAR OU PENA DEFINITIVA. A CADA VEZ QUE UM CIDADÃO ENTRA EM UM ESTABELECIMENTO PENITENCIÁRIO, UMA SÉRIE DE CONSEQUÊNCIAS É PRODUZIDA"

Muitas observações específicas poderiam ser feitas com relação a cada uma das modalidades legais de cautelaridade diversa da prisão. No entanto, para os fins desse breve texto, basta lembrar que as normas reitoras do instituto já existem e possuem arcabouço hermenêutico para a produção dos melhores efeitos possíveis. Resta, agora, a constatação de que a mera alteração legal não foi suficiente e que precisamos avançar.

### 4. Análise estatística e propositiva

A prisão é um fator criminógeno, não importa se em caráter cautelar ou pena definitiva. A cada vez que um cidadão entra em um estabelecimento penitenciário, uma série de consequências é produzida: a tensão social aumenta pela exclusão de uma pessoa do convívio de seus familiares, esses passam a ser submetidos a uma série de desafios decorrentes da privação de liberdade e, acima de tudo, o exército do crime organizado passa a contar com mais um potencial soldado que poderá sair bem treinado pela universidade do crime.

Assim, a previsão de medidas cautelares alternativas deveria servir, ao menos, como um instrumento para minimizar esses efeitos nocivos à sociedade. Contudo, dados sobre o sistema carcerário revelam que não houve significativo impacto da Lei 12.403/2011 no número de prisões preventivas decretadas.

Dados da Secretaria Nacional de Políticas Penais revelam que, atualmente, 25,31% dos presos são provisórios, ou seja, estão dentro do sistema carcerário por conta de uma medida cautelar pessoal. Em comparação com o ano de publicação da lei em análise, 2011, pouca é a diferença, pois o percentual era de 33,78%.<sup>3</sup> A hipótese, portanto, é de que a mentalidade judicial segue ignorando a excepcionalidade da prisão preventiva e a utilização das medidas cautelares alternativas apenas nos casos em que a liberdade não for a solução natural.

Pesquisa efetuada por **Daiana Ryu** (2022), no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, revelou que, apesar da recomendação expressa do Conselho Nacional de Justiça em se observar a excepcionalidade da prisão preventiva em contexto pandêmico, apenas 6% dos HC impetrados com esse objeto foram concedidos. Outra pesquisa empírica, essa concentrada na cidade de Franca, revelou a resistência dos magistrados em aplicar as medidas cautelares pessoais alternativas à prisão e, quando o fazem, não é como real alternativa à prisão, mas sim à liberdade. Em três meses de análise relativa ao crime de furto, descobriu-se que a liberdade incondicionada era aplicada em apenas 14% dos casos. Nos 86% restantes, ou foi decretada prisão preventiva (40% dos casos) ou medida cautelar alternativa (46% dos casos) sendo que a retórica da ordem pública foi utilizada em grande parte das fundamentações (MENEZES; BORGES, 2017).

O Conselho Nacional de Justiça tem promovido constantes

pesquisas para avaliar a mudança de cultura na aplicação de medidas cautelares alternativas. Em conjunto com o Instituto de Direito de Defesa, constatou que, embora a efetividade da Lei 12.403/2011 estivesse aquém do desejado, a implantação da audiência de custódia teria evitado uma conversão de quase 100% das prisões em flagrante em preventivas. As medidas cautelares alternativas são pouco utilizadas e, quando o são, é comum serem impostas em casos autorizadores da “liberdade provisória” de forma irrestrita, ou seja, os direitos fundamentais continuam sendo indevidamente atingidos.<sup>4</sup> A irracionalidade desse tipo de postura salta aos olhos quando se constata que em: “37,2% dos casos pesquisados em que os réus estiveram presos provisoriamente não houve condenação à prisão ao final do processo” (BRASIL, 2020, p. 8). Isso significa que não há proporcionalidade entre a medida cautelar e o resultado final do processo.

Circunstâncias que permitiriam a liberdade pura e simples ou uma medida cautelar antes da Lei 12.403/2011 passaram a ensejar a concessão da liberdade com uma cautelar diversa da prisão. É a inversão da lógica da liberdade incondicionada como regra para a perpetuação de uma mentalidade conservadora que institucionaliza a ideia de medidas cautelar sucessivas à prisão ao invés de alternativas.

Toda essa conjuntura dá razão a **Figueiredo Dias** (2011, p. 111) quando afirma que “nosso problema não se radica tanto em questões de gnose quanto de poiese, não tanto de conhecimento e entendimento quanto de comportamento e ação”. Apenas um esforço de mudança de cultura institucional permitirá que consigamos sair do “estado de coisas inconstitucional” sem migrar para um estado de supervigilância. É preciso olhar pelo retrovisor para corrigirmos as rotas e trilharmos melhores caminhos adiante, rumo a um sistema criminal menos violento.

## Notas

- <sup>1</sup> Este texto foi inspirado na preparação para a aula didática por mim apresentada como etapa do Processo Seletivo para Professor Doutor no Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco no dia 19 de maio de 2023. Algumas ideias aqui presentes foram objeto de construção dialogal com Bruno Salles Pereira Ribeiro, a quem menciono por agradecimento citando um verso de uma canção: “Valeu por você existir, amigo”.
- <sup>2</sup> “O poder geral de cautela, assim, nada mais é do que a possibilidade, para os que nele confiam, de que o magistrado se utilize de medidas cautelares inominadas (não previstas em lei) para a segurança processual. Ou seja, poderá o juiz — sempre fundamentadamente (presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*)

— aplicar uma medida que entenda cabível, ainda que não prevista em lei” (CASTRO, 2017, p. 700).

<sup>3</sup> Disponível em: [https://www.gov.br/senapp/en/pt-br/servicos/sisdepen\\_tabelas\\_de\\_informacoes\\_gerais\\_consulta\\_efetuada\\_em\\_28\\_de\\_junho\\_de\\_2023\\_por\\_meio\\_do\\_link\\_especifico](https://www.gov.br/senapp/en/pt-br/servicos/sisdepen_tabelas_de_informacoes_gerais_consulta_efetuada_em_28_de_junho_de_2023_por_meio_do_link_especifico): <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrJoiMTQ2ZDc4NDAtODE5OS00ODZmLThlYTETyZl4YTk0MTc2MzJkIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNDmNy05MWYyLTIiOGRhNmJmZThlMSJ9&pageName=ReportSection045531d3591996c70bde>.

<sup>4</sup> Em São Paulo, entre fevereiro de 2015 e março de 2016, apenas 0,32% dos casos teve a liberdade concedida sem aplicação de nenhuma cautelar (BRASIL, 2020).

## Referências

- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- BRANDÃO, Cláudio. *Lições de história do direito canônico e história do direito em perspectiva*. 2. ed. 1 reimp. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.
- BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Guia de formação em alternativas penais III: Medidas cautelares diversas da prisão* / Departamento Penitenciário Nacional, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento; coordenação de Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi et al. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/guia-de-formacao-em-alternativas-penais-III-medidas-cautelares-diversas-da-prisao\\_eletronico.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/guia-de-formacao-em-alternativas-penais-III-medidas-cautelares-diversas-da-prisao_eletronico.pdf). Acesso em: 28 jun. 2023.
- CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Medidas cautelares pessoais, poder geral de cautela e a taxatividade mitigada. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n. 2, p. 691-716, 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.60>
- DIAS, Jorge 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.
- MENEZES, Gustavo Lelles; BORGES, Paulo César Corrêa. Prisão preventiva e medidas cautelares alternativas: uma análise dos reflexos da Lei 12.403/11 na comarca de Franca-SP. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, v. 21, n. 34, p. 351-377, 2017. <https://doi.org/10.22171/rejv21i34.2992>
- 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.
- MORAES, Maurício Zanoide de. Decisão judicial e medidas cautelares pessoais: em busca de um modelo decisório ideal. In: VAZ, Denise Provasi et al. (Orgs.). *Eficiência e garantismo no processo penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes*. São Paulo, LiberArs, 2017, p. 289-313.
- MORAES, Maurício Zanoide de. *Processo criminal transformativo: modelo criminal e sistema processual não violentos*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.
- RYU, Daiana Santos. Encarceramento provisório na pandemia do coronavírus (Sars-CoV-2) na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: prisão preventiva como *ultima ratio*? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 8, n. 1, p. 443-486, 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i1.628>
- SERRANO, Nicolas González-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.

Autora convidada

# A CRIMINALIZAÇÃO DA APOROFOBIA: ANÁLISE DOS PROJETOS DE LEI 3.135/2020 E 1.636/2022

THE CRIMINALIZATION OF APOROPHOBIA: ANALYSIS OF BILLS 3,135/2020 AND 1,636/2022

## Jéssica Veleda Quevedo

Doutoranda e Mestra em Ciências Criminais na PUCRS. Pós-Graduada em Direito Penal e em Neuropsicologia pela Uniasselvi. Bacharela em Direito pela Estácio do Rio Grande do Sul.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0178286802031170>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8831-3292>

[jessica.veleda@edu.pucrs.br](mailto:jessica.veleda@edu.pucrs.br)

## Diego da Rosa dos Santos

Mestrando em Economia na PUCRS. Tecnólogo em Processos Gerenciais pelo Instituto Federal do Rio Grande do Sul.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7809693454817397>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1694-4260>

[d.rosa003@edu.pucrs.br](mailto:d.rosa003@edu.pucrs.br)

**Resumo:** O presente escrito foi elaborado no intuito de tecer considerações acerca de projetos de lei em trâmite nas casas legislativas brasileiras, os quais têm o objetivo comum de criminalizar atos cometidos em decorrência da aporofobia — ambos propõem as mesmas alterações no Código Penal (CP), a partir de justificações distintas. Nesse sentido, as propostas foram analisadas sob a ótica da qualidade legislativa, com observância sobretudo à sua eficácia e adequação à real questão: o enfrentamento da pobreza.

**Palavras-chave:** Aporofobia; Técnica Legislativa; Pobreza.

**Abstract:** The present manuscript was drafted with the purpose of providing considerations regarding legislative bills currently under consideration in the Brazilian legislative houses, which share the common objective of criminalizing acts committed because of aporophobia. Both bills propose identical modifications to the Penal Code, albeit based on different justifications. In this regard, the proposals have been subjected to analysis from the perspective of legislative quality, primarily focusing on their efficacy and suitability in addressing the fundamental issue at hand: the fight against poverty.

**Keywords:** Aporophobia; Legislative Technique; Poverty.

## 1. Introdução

A promulgação da Lei 14.489/22, batizada de Lei Padre Júlio Lancelotti, alterou o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) e vedou o uso de arquitetura hostil em espaços de uso público.

De acordo com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (2023), a população em situação de rua no Brasil cresceu 38% entre 2019 e 2022, atingindo 281.472 indivíduos. O crescimento acelerado soou o alarme para a produção de políticas públicas que visam não apenas o atendimento e o acolhimento dessa população, mas também o combate a expressões da aversão à pobreza.

"Aporofobia" é um neologismo criado pela filósofa espanhola **Adela Cortina** para definir a aversão ao pobre. Conceitualmente, define como "rejeição, aversão, temor e desprezo ao pobre, ao desamparado que, ao menos aparentemente, não pode devolver nada de bom em troca" (CORTINA, 2020, p. 18), aludindo à exclusão social que marginaliza pessoas fora do jogo de trocas sociais e econômicas.

No Direito Penal, esse ímpeto produtivo culminou em pelo menos dois Projetos de Lei (PLs), um iniciado na Câmara dos Deputados e outro no Senado Federal: O PL 3.135/2020, de autoria do Deputado Fábio Trad (PSD/MS), tem o objetivo de criminalizar "atos violentos praticados contra pessoa em decorrência de um sentimento de ódio por sua condição de pobreza"; já o PL 1.636/2022, de autoria do Senador Randolfe Rodrigues (REDE/AP) "torna crime de injúria o ato que envolva discriminação contra a pessoa em razão de sua condição de pobreza, assim denominada aporofobia, além de qualificar o crime de homicídio e majorar o crime de lesão corporal praticado pela mesma razão". Este Projeto, cabe mencionar, é uma medida ligada ao PL 1.635/2022, que institui o Estatuto da População em Situação de Rua, um pacote de medidas para atender esse grupo social. Ambos preveem a inserção de qualificadoras nos crimes de homicídio e injúria e de uma majorante no crime de lesão corporal.

Contudo, embora o resultado da aprovação de quaisquer dos PLs produza o mesmo efeito em termos de legislação penal, nas

justificações ofertadas pelos parlamentares constam diferenças que asseveram a necessidade de sua análise, em relação às quais serão tecidas considerações.

## 2. Análise

O PL 3.135/2020 traz uma justificação simples e direta, mas que falha na comunicação correta de seus conceitos. Propõe criminalizar atos violentos praticados contra pessoa em decorrência de sentimento de ódio por sua condição de pobreza, porém a literatura não apresenta a palavra "ódio" como característico da aporofobia.

**Cortina** conceitua aporofobia como rejeição, aversão, temor e desprezo ao pobre. Essa conceituação é aceita e replicada pela literatura atual, como em **Ayala Enríquez** (2018, p. 70), **Esquembre** (2019, p. 216), **Vila Viñas** (2021, p. 215), **Zambam** (2021, p. 4), **Curto et al.** (2022, p. 5228), sendo o ódio — ou o discurso de ódio — uma consequência do fenômeno.

São citados exemplos corriqueiros de manifestações sociais informais da aporofobia, como atitudes específicas de exclusão institucional informal, que pouco dialogam com as alterações propostas no âmbito penal. Ademais, a justificativa se prende apenas à exclusão social visível, focando na aversão e na violência contra a população em situação de rua, trazendo a expressão "preconceito de classe" (BRASIL, 2020, p. 5), visão que é essencial, porém limitada do que se trata aporofobia.

A justificativa do PL 1.636/2022 apresenta uma ideia contraditória no caminho de reconhecer o que é a pobreza e como as pessoas pobres são afetadas por sua condição. Na primeira parte, o autor se justifica na ideia multidimensional de pobreza, debatida por **Amartya Sen** (2010) e sua abordagem das capacitações, em que o incremento na renda das pessoas mais pobres permitiria o acesso a produtos e serviços outrora exclusivos de classes mais altas. No segundo ponto, cita fala do padre Júlio Lancellotti, que argumenta que "esse preconceito (contra os pobres) vem aumentando na proporção em que o empobrecimento cresce". A aversão ao pobre surge quando os

mais pobres adquirem renda, ou quando perdem renda? Se as duas hipóteses forem corretas a renda não é um fator determinante para a aporofobia.

De fato, durante muitos anos, a pobreza foi medida pela renda absoluta dos indivíduos, que, para a macroeconomia, por vezes, é sinônimo de bem-estar. Essa ideia mudou na segunda metade do século XX, com a perspectiva da pobreza multidimensional. Apesar desse ponto ser citado no texto, as várias dimensões de pobreza podem não incluir ou derivar da renda, e estarem focadas em privações sociais e políticas (SEN, 2010, p. 18). Um dos pontos considerados para pensar no tema de forma multidimensional é a diminuição da pobreza absoluta ao longo dos anos (RAVALLION, 2016). Nesse sentido, é possível pensar em um conceito relativo de pobreza, como a pessoa que está 25% abaixo da média da renda. Entretanto essas classificações entram em discussões mais complexas sobre desigualdades, o que torna uma tarefa extremamente desafiadora e subjetiva definir quem é pobre.

Ao início da justificativa, o autor nos traz uma nova conceitualização de aporofobia:

[...] neologismo inventado pela filósofa Adela Cortina, professora catedrática de Ética e Filosofia Política da Universidade de Valência, que propõe a identificar uma fobia, um medo, uma patologia social que se manifesta na aversão a alguém que é percebido como portador de determinado atributo, origem, comportamento, aspecto ou traço, como são exemplos a homofobia, a islamofobia, a xenofobia. (BRASIL, 2022)

Em nenhum momento **Cortina** define aporofobia como um “medo”. Apesar disso, essa palavra é associada de forma comum nos autores citados e replicada no PL. **Cortina** (2020), cita o termo patologia social apenas duas vezes, referindo-se diretamente à aporofobia. Assim como **Cortina** (2020), **Enciso e Mamani** (2020) também estabelecem a aporofobia dentro de um conjunto de patologias sociais.

Já a expressão “aversão a alguém que é percebido como portador de determinado atributo, origem, comportamento, aspecto ou traço” (BRASIL, 2022), apesar de não referenciada, pode fazer alusão à lógica da reciprocidade trazida por **Esquembre** (2019).

Porém o trecho é vago ao afirmar quais atributo, origem, comportamento, aspecto ou traço estão constituídos dentro da aporofobia, visto que prevê uma determinação de algo que não pode ser determinado (pobreza). O tipo de violência gerado pela aporofobia parte de estigmas comumente associados à pobreza. Como coloca **Goffman** (2008), o estigma é um tipo especial de relação entre atributo e estereótipo, uma discrepância entre identidade social real e virtual. Portanto, essa discrepância não possui atributo, origem, comportamento, aspecto ou traço determinado.

O estigma surgirá de crenças sobre a pobreza que desencadeiam em preconceitos que poderão ou não se tornar atitudes (CURTO; COMIM, 2023), portanto, nesse aspecto, não apenas não há literatura que suporte tais alegações, como não há consenso sobre as ações que se classificam como atitudes aporóforas.

### 3. Implicações

A primeira questão a ser levantada é o uso do Direito Penal para resolução de problemas sociais. A pobreza na perspectiva de **Sen** (2010), como demonstrado anteriormente, é uma condição multidimensional que não necessariamente está atrelada à renda, e muito menos à situação de moradia dos indivíduos, atingindo uma grande parcela da sociedade de forma estrutural. É importante considerar que há, portanto, uma gama de aspectos e expressões que não culminam no cometimento de crimes, escapando às possibilidades da criminalização.

Apesar de ambos os projetos vincularem a condição de pobreza ao fato de alguém não ter moradia, verifica-se que especificamente o posicionamento da proposta do Senador Randolfe, inclusive no pacote de medidas do Estatuto da População em Situação de Rua, pode

resultar numa aplicação precária da lei penal, mesmo quando levada em conta sua pertinência na tentativa de proteção daquele grupo social. Isso porque, ao vincular a produção da lei à “situação de rua”, o projeto deixa de observar outras vítimas de expressões de aporofobia — que podem variar desde moradia existente, mas inadequada, até a ausência de condições para atender à totalidade de suas necessidades básicas. A expressão da aversão pode se dar de forma velada ou estar inserida como parte fundamental de uma estrutura complicada de desmantelar, traduzindo-se às limitações de acesso ou atendimento, recusa ao diálogo e falas que revelam embasamentos preconceituosos. Perdeu-se, nesse esteio, a oportunidade de criminalizar o comportamento preconceituoso não violento.

Essa limitação é perigosa dado o caráter multinível do fenômeno (COMIM; BORSI; VALERIO MENDOZA, 2020). A aporofobia está presente em três níveis: (1) micro – relações assimétricas de crenças, interpretações e imaginações que as pessoas têm sobre os pobres e a pobreza; (2) meso – instituições formais e informais que excluem os pobres; (3) macro – políticas econômicas excludentes.

Uma premissa importante do fenômeno reside na ideia de que a aporofobia é uma condição natural (CORTINA, 2020) — todos somos aporóforos —, o que possibilita a existência de atitudes aporóforas entre pessoas consideradas pobres. Isso foi demonstrado em pesquisa de **Contreras Montero e Hidalgo Mesa** (2021), que analisou a percepção da pobreza como fator de análise da aporofobia em Granada (Espanha), ou seja, pensar na criminalização da aporofobia olhando apenas para pessoas em situação de rua pode ocasionar em uma nova forma de punir outras pessoas pobres.

Assim, as mudanças propostas no Código Penal, ainda que sirvam para demarcar um território proibido, não se mostram úteis ao enfrentamento real do problema, vez que apenas tangenciam a questão: tratam da externalização violenta da aversão através do cometimento de atos típicos, direcionando o problema a um sistema processual que reconhecidamente ignora as vítimas e sua situação, e propondo penas que sequer se destinam a modificar a forma como os perpetradores pensam e expõem seus preconceitos. É difícil vislumbrar uma realidade em que a pena de reclusão, da forma como é aplicada no Brasil, ou suas substitutas, sejam capazes de modificar o pensamento daqueles que cometem os crimes em análise. Não parece existir uma oportunidade de aprendizagem da parte daquele que incorre no tipo penal, e nem mesmo de atendimento efetivo da vítima acometida (o que seria relegado, portanto, à proposta do Estatuto da População em Situação de Rua e à Política Nacional para a População em Situação de Rua, ambos com destinação que limita o efetivo combate à aporofobia). Embora não se descure a necessidade de, efetivamente, penalizar as agressões cometidas a grupos sociais vulneráveis, os PLs, quiçá limitados pelas possibilidades de penas previstas no CP, falham em efetivamente passar a mensagem de que o comportamento aporóforo é socialmente inaceitável. Além disso, ambas as medidas consideram que as pessoas vitimizadas teriam acesso pleno e adequado nos vários ambientes envolvidos em uma investigação criminal e processamento penal, conjuntura de vislumbre igualmente dificultado.

Cabível também avaliar a técnica legislativa quanto ao posicionamento dos artigos propostos no Código. Primeiramente, a modificação do artigo 121, §2º, do CP, com a inclusão do inciso V-A, nos parece inadequada na medida em que secundariza o homicídio praticado “em decorrência do sentimento de ódio pela condição de pobreza da vítima” ao asseguramento da execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime (inciso V). Mais pertinente seria a inclusão desta linha sob o inciso II, que trata do motivo fútil, considerando justamente que o crime seria cometido como resposta à condição da vítima percebida pelo perpetrador, ou ainda como um novo inciso no final da referida lista (haja vista inclusive que todos os modos de homicídio qualificado culminam na mesma pena). A previsão de inclusão do § 12-A no artigo 129 (que consta na proposta do senador), segue de forma similar. Como se observa, o texto do § 12 diz respeito

a lesões praticadas contra autoridades ou agentes abarcados pelos artigos. 142 e 144 da Constituição Federal e outros de posição social similar, situação inteiramente desvinculada da temática abordada nos projetos de lei em análise. Por outro lado, parece adequada a inserção da expressão “condição de pobreza” no § 3.º do artigo 140, de modo que esta forma um conjunto de situações que qualificam o crime de injúria.

Embora, portanto, a luz jogada sobre as práticas aporóforas violentas seja bem recebida, sobretudo diante do aumento da população em situação de rua e abaixo da linha de pobreza no Brasil (NERI, 2022), a eficácia do resultado de ambos os PLs é questionável, passando a ser uma questão de qualidade legislativa.

Enquanto, de modo geral, o ato de legislar seja uma atividade racional com objetivos definidos, esse caráter instrumental da lei nem sempre predomina em sua produção — a norma pode ser vista como (1) expressão de restrições políticas, em vez de uma tentativa de resolver o problema através da mudança de comportamento daqueles a quem ela se destina; (2) resultado mais ou menos fortuito de debates e compromissos políticos, em vez de um esforço racional para promover mudança social; ou, ainda, (3) ato simbólico sem qualquer ambição real de produzir resultados práticos. Tal simbolismo seria a expressão de que as autoridades políticas estão cientes do problema e desejam demonstrar que ele está sob controle (MADER, 2001, p. 122).

A realidade socioeconômica brasileira e as movimentações atualmente levadas a cabo para atendimento da população que presumidamente seria vitimizada pelas expressões de aporofobia abordadas nos levam a crer que as propostas carecem de uma avaliação legislativa adequada e, na pior hipótese, foram elaboradas de forma a atender o clamor social relativo a um problema em destaque, sem a real pretensão de solucioná-lo ou de modificar o contexto social para eliminá-lo.

#### 4. Considerações finais

A análise indica algumas circunstâncias adversas que podem vir a ser problemáticas em uma eventual promulgação. Primeiramente, a

justificação utilizada pelo Deputado Trad em seu projeto se mostra descolada da produção científica acerca da aporofobia ao colocar o ódio como motivador do cometimento de crimes. O mesmo texto se prende à exclusão social visível, vinculando pobreza à situação de rua, o que influencia no direcionamento da lei. Já na justificativa do Senador Randolfe, diferentes origens da aporofobia são assumidas (tanto a diminuição de renda quanto seu incremento), o que revela um problema do próprio conceito abordado — a determinação de pobreza embasada unicamente na renda. Ainda, o uso da palavra “medo” para definir aporofobia demonstra uma leitura errônea do conceito, na medida em que sua criadora jamais atrelou a este o sentimento de medo.

Posteriormente, mostrou-se relevante considerar a utilização do Direito Penal como ferramenta para a resolução de problemas sociais que o superam, sendo sua aplicação pouco eficaz e quase inteiramente inadequada. A aporofobia é um problema estrutural que permeia não só o povo, mas também a fundação das instituições, devendo-se atentar às expressões desta patologia que não culminam no cometimento de crimes ou violências visíveis, ou que, mesmo agressivas, não foram abarcadas pelos PLs, precarizando a futura aplicação da lei penal e, portanto, a eficácia da norma. É questionável, também, a previsão das penas, na medida em que não demonstram ter o condão de efetivamente modificar o preconceito do perpetrador, ou ainda de acolher a vítima, o que ficaria a cargo de políticas públicas alheias à esfera penal, e o posicionamento proposto das modificações da lei no CP suscita dúvidas acerca de sua adequação.

Os projetos, então, parecem fruto de uma produção legislativa de qualidade questionável, considerando que sua construção e pretensões esbarram não apenas na realidade brasileira (em que pobres e pessoas em situação de rua são diariamente privadas de acessos, e na qual penas não são eficazes), mas também na delimitação conceitual construída pelos autores mencionados.

O esforço para a proteção de pessoas vulneráveis, expressão da busca por uma sociedade menos desigual, contudo, é sempre louvável. Contudo, os procedimentos devem ocorrer de maneira cautelosa, evitando a criação de normas esperançosas, mas ineficazes.

#### Referências

- AYALA ENRIQUEZ, Pablo. La simpatía smithiana como vía para reducir la aporofobia derivada de la corrupción. *Veritas*, n. 41, p. 69-86, dez. 2018. <https://doi.org/10.4067/S0718-92732018000300069>
- BRASIL, Câmara dos Deputados, Projeto de Lei 3.135, de 04 de junho de 2020. Criminaliza atos violentos praticados contra pessoa em decorrência de sentimento de ódio por sua condição de pobreza, assim denominados como aporofobia. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostra-rintegra?codteor=1900881&filename=PL%203135/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostra-rintegra?codteor=1900881&filename=PL%203135/2020). Acesso: 7 jul. 2023.
- BRASIL, Senado Federal, Projeto de Lei 1.636, de 14 de junho de 2022. Torna crime de injúria o ato que envolva discriminação contra a pessoa em razão de sua condição de pobreza, assim denominada aporofobia, além de qualificar o crime de homicídio e majorar o crime de lesão corporal praticado pela mesma razão. Brasília: Senado Federal, 2022. Disponível em: [https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9172941&ts=1684234269540&disposition=inline&\\_gl=1\\*sv4phb\\*\\_ga\\*OTg1MzZmMTE3LjE2NDZ-3NjQ4NDc.\\*\\_ga\\_CW3ZH25XMK\\*MTY4OTM3MjUwMC4xMS4wLjE2OdkzNz1MD-guMC4wLjA](https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9172941&ts=1684234269540&disposition=inline&_gl=1*sv4phb*_ga*OTg1MzZmMTE3LjE2NDZ-3NjQ4NDc.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4OTM3MjUwMC4xMS4wLjE2OdkzNz1MD-guMC4wLjA). Acesso em: 7 jul. 2023.
- COMIM, Flavio; BORSI, M Mihály Tamás; VALERIO MENDOZA, Octasiano. The Multi-dimensions of Apophobia. *MPRA*, 103124, 2020. Disponível em: <https://mpra.ub.uni-muenchen.de/103124/>. Acesso em: 20 out. 2022.
- CONTRERAS MONTERO, Bárbara; HIDALGO MESA, Marina. Perception of poverty, political ideology and income level as factors for the analysis of aporophobic attitudes in Granada. *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, v. 89, p. 103-122, 2021. Disponível em: <http://apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/bcontreras.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2023.
- CORTINA, Adela. *Aporofobia, a aversão ao pobre*: Um desafio para a democracia. São Paulo: Contracorrente, 2020.
- CURTO, Georgina; MONTES, Nieves; COMIM, Flavio; OSMAN, Nardine; SIERRA, Carles. A norm optimisation approach to SDGs: Tackling poverty by acting on discrimination. In: PROCEEDINGS OF THE THIRTY-FIRST INTERNATIONAL JOINT CONFERENCE ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (IJCAI-22), Special Track on AI for Good (Projects), p. 5228-5235. *Anais [...]*. Viena: IJCAI, 2022.
- CURTO, Georgina; COMIM, Flavio. Fairness: from the ethical principle to the practice of machine learning development as an ongoing agreement with stakeholders. *SSRN*, 2023. <https://doi.org/10.2139/ssrn.4397259>
- ENCISO, Rosmary Sabina Pozo; MAMANI, Oscar Arbieta. La aporofobia en el contexto de la sociedad peruana: una revisión. *Noesis. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, v. 30, n. 58, p. 134-149, nov. 2020. <https://doi.org/10.20983/noesis.2020.2.6>
- ESQUEMBRE, C. O. La aporofobia como desafío antropológico. De la lógica de la cooperación a la lógica del reconocimiento. *Daimon Revista Internacional de Filosofía*, n. 77, p. 215-224, 2019. <https://doi.org/10.6018/daimon/319071>
- GOFFMAN, Erving. *Estigma*: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Diretoria de Estudos e Políticas Sociais. *Estimativa da população em situação de rua no Brasil (2012-2022)*. Nota Técnica. n. 103, fevereiro de 2023. Brasília: IPEA, 2023. <https://doi.org/10.38116/ntdsoc103>
- MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. *Statute Law Review*, v. 22, n. 2, p. 119-131, 2001. <https://doi.org/10.1093/slr/22.2.119>
- NERI, Marcelo. *Mapa da nova pobreza*. Rio de Janeiro: FGV, 2022. Disponível em: <https://cps.fgv.br/MapaNovaPobreza>. Acesso em: 7 jul. 2023.
- RAVALLION, Martin. The economics of poverty: history, measurements, and policy. Nova York: Oxford University Press, 2016. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780190212766.001.0001>
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- VILA VIÑAS, David. Análisis sociojurídico de las transformaciones en la provisión de seguridad. Austeridad y aporofobia como racionalidades estructurantes de los derechos sociales de grupos vulnerables. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 45, p. 195-226, 2021. <https://doi.org/10.7203/CEFD.45.20613>
- ZAMBAM, Neuro José. Apofobia e classificação de pessoas: abordagem sobre a raiz econômica dos racismos contemporâneos. *Civilistica.com*, v. 10, n. 3, 2021.

Autores(as) convidados(as)

# O PUNITIVISMO CAUTELAR ESTATAL COMO EXERCÍCIO DE PODER E CONTROLE

STATE PRECAUTIONARY PUNITIVISM AS AN EXERCISE OF POWER AND CONTROL

**Ronaldo Bezerra dos Santos**

Mestre em Teoria do Direito e do Estado pela Fundação "Eurípedes Soares da Rocha" (UNIVEM). Especialista em Ciências Criminais. Professor dos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Rondonópolis/MT. Conselheiro Estadual da OAB-MT. Coordenador do Laboratório de Pesquisa do IBCCRIM-MT. Advogado.

Link lattes: <http://lattes.cnpq.br/3678213484743745>

ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-8597-7543>

ron.adv@hotmail.com

**Resumo:** Este artigo trata do poder de punir do Estado como forma de controle social, por meio das medidas cautelares pessoais em matéria processual penal. O método de pesquisa utilizado foi o indutivo, com as técnicas da pesquisa bibliográfica. Verificou-se a relação do *jus puniendi* (direito de punir) estatal ao determinar o uso da prisão cautelar aos acusados ou processados, antes de proferida uma sentença penal condenatória transitada em julgado, como uma forma do exercício do poder e controle.

**Palavras-chave:** Presunção de inocência; Prisão cautelar; Poder punitivo; Estado; Controle social.

**Abstract:** This article deals with the State's power to punish as a form of social control, through personal precautionary measures in criminal procedural matters. The research method used was inductive, with the techniques of bibliographic research. The relationship of the state *jus puniendi* (right to punish) was verified when determining the use of precautionary detention to the accused or prosecuted, before a final criminal conviction was handed down, as a form of the exercise of power and control.

**Keywords:** Presumption of innocence; Precautionary detention; Punitive power; State; Social control.

Ao buscar nos fatos históricos, as raízes para compreender determinado tema, possivelmente se descobrirá muito mais do aquilo que se pretendia entender. Por essa razão, é imprescindível iniciar esse texto abordando o referencial histórico que será o ponto de início para refletir acerca das questões que serão tratadas. O trabalho abordará o controle social exercido pelo Estado, por meio das medidas cautelares pessoais inseridas no ordenamento processual penal, em especial a prisão preventiva. O objetivo é trazer o tema para reflexão, contribuindo com o pensamento crítico, sem outra pretensão. Dessa forma, recortando a linha do tempo, chega-se a época em que o Estado assume a responsabilidade, separado da Igreja, de gerir a sociedade e determinar a sua vontade, numa relação de domínio, vigilância, poder e controle.

A partir dos séculos XVIII a XXI, nas denominadas idades Moderna e Contemporânea, o Estado começou a se desenvolver e evoluir para o Estado de Direito e, nesse sentido, foi necessário controlar as pessoas, ou seja, a sociedade. Os períodos de transição ou alternância de poder na história, geralmente, eram marcados por guerras ou revoltas. Foi assim, por exemplo, na Revolução Francesa ocorrida em 1789, que mostrou a amotinação dos excluídos da monarquia e, posteriormente, ingressou-se em verdadeiro período de terror, por meio das decapitações em massa, com o uso do instrumento de morte rápida denominada guilhotina. Nesse exemplo, fica clara a necessidade de quem, enquanto governante, por meio do poder

conferido, controlar os governados, sob pena de perder o próprio poder.

Com relação a estrutura do poder, lembra **Moraes** (2023, p. 130):

Neste trabalho destacam-se como relevantes à análise do processo penal os "poderes instituídos" desde o Principado Romano (Século I a.C.), passando por todo o Medievo (Séculos V a XVIII), até atingir as Idades Moderna e Contemporânea (Séculos XVIII a XXI). A partir dessas últimas fases surgiram e desenvolveram as estruturas juspolíticas do Estado e, também, sua evolução como Estado de Direito: forma (Estado) e controle (Direito) atuais do exercício do Poder.

O controle pode ser compreendido como um instrumento para o exercício do poder. Não cabe aqui tecer maiores considerações sobre a relação de poder e controle em seus mais variados conceitos e visões filosóficas, contudo é importante tratar desses institutos dentro de um critério mais objetivo, conciso, na perspectiva da prisão cautelar estatal. Para isso, compreender certas características dessa relação ajudará o leitor a entender o modelo social que até hoje se faz presente em nosso meio.

O Poder do Estado utilizado para punir seus membros não é horizontal, mas verticalizado, manifestando-se de cima para baixo. Um indivíduo acusado da prática de um crime, por exemplo, não estará no mesmo nível do Estado, pois este é mais poderoso do que

qualquer pessoa. O réu, portanto, sempre será hipossuficiente nessa relação. O poder punitivo também é impositivo, dominador, violento e poderá retirar do ser humano o segundo bem jurídico mais relevante, qual seja, a liberdade de locomoção, do direito de ir e vir.

**Bitencourt** (2014) afirma que o Direito Penal subjetivo emerge do próprio Direito Penal objetivo, cujo castigo ou o direito à punição é exclusivamente do Estado, que é o titular do *jus puniendi* para poder manifestar o seu poder de império, sendo ainda limitado pelo Direito Penal objetivo, através das normas incriminadoras produzidas pelo próprio Estado. Já **Noronha** (2004, p. 7) leciona:

Compete ao Estado o direito de punir, porém, não é este ilimitado ou arbitrário. A limitação está na lei. Ao mesmo tempo em que ela diz ao indivíduo quais as ações que pode ou não praticar, sob ameaça de sanção restringindo dessarte, os interesses ou faculdades individuais, em benefício da coletividade, vincula-se juridicamente a si mesmo. Com efeito, há autolimitação por ele ditada, através da lei, pois, quando baixa uma norma, impondo determinada conduta, concomitantemente está ditando seu comportamento em relação a ela e criando direitos individuais contra ele mesmo.

Para que haja a perda do direito de locomoção, dentro de um Estado democrático de Direito, é necessário observar os princípios, as regras e as normas legais que são utilizadas na esfera defensiva do hipossuficiente na relação. Significa dizer que no sistema democrático deve existir uma barreira contra o poder punitivo estatal. Essa proteção se chama Constituição Federal (CF). Ela traz garantias fundamentais para que haja um limite no poder de punir do Estado. Imagine, por exemplo, uma pessoa acusada de praticar um crime grave, um delito hediondo e que cause repulsa no corpo social. Ainda assim, esse acusado, mesmo que tenha sido preso em flagrante delito, terá a seu favor todas as regras e garantias fundamentais inseridas na CF, princípios como o devido processo legal, contraditório, ampla defesa, presunção da inocência, dignidade da pessoa humana, *in dubio pro reo*, humanidade das penas, entre outros. Perceba que não se trata de impunidade a ele; ao contrário, são garantias que pertencem à sociedade e, por isso, não podem ser relativizadas. Os direitos e as garantias constitucionais inseridos no nosso ordenamento jurídico, bem como as normas de direito internacional já incorporadas à nossa legislação, como o Pacto de San José da Costa Rica (1969) (Convenção Americana sobre os Direitos Humanos) são a defesa, o escudo, a muralha que limitam o poder punitivo e evitam a arbitrariedade estatal. Em resumo, o Estado exercerá o seu poder punitivo, ou direito de punir (*jus puniendi*), como forma de controle social, invocando o Direito Penal, para que ele possa ser o seu instrumento de domínio, vigilância e força, mas terá que respeitar as garantias convencionais e constitucionais.

Nesse sentido, ensina **Santos** (2014, p.112):

A princípio, tendo em vista o caráter invasivo do Direito Penal, por ser uma forma de coerção por meio da sanção penal, a mais grave forma de penalização entre as existentes no Direito, deve-se considerar que ele deve atuar na manutenção da paz social, ou seja, no controle social, como uma forma extrema na solução de eventuais conflitos que possam acontecer em determinada sociedade.

Veja que será necessário possuir o poder de punir legitimado, para exercer o controle social, e, com isso, aplicar as sanções ou penalidades. O Estado, com o discurso de pacificação da sociedade, traz a possibilidade, através do *jus puniendi*, de ratificar suas ações punitivistas em prol de uma sociedade mais tranquila, ou seja, mais

fácil de ser controlada. É o preço que se paga por viver nesse modelo social, conforme ensina **Beccaria** (2014, p.17):

Pois, somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era preciso para induzir os demais a defendê-lo. O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir.

Analisando as palavras do autor, é possível compreender que, em determinado momento histórico, por necessidade, as pessoas renunciaram à sua liberdade plena para poderem viver em grupos, comunidades e sociedades subordinadas a um soberano e, com isso, sujeitarem-se à sua vontade. Portanto, o Estado soberano exerce e determina como tudo deve funcionar, dentro de um mecanismo de controle social a que o corpo social se submete. É importante destacar que essa relação Estado-Poder-Controlé está inserida no contexto de violência, seja ela praticada por quem infringe uma norma legal cometendo um crime, seja a resposta dada pelo Estado, que também será violenta, principalmente quando se encarcera o indivíduo. Nessa linha, **Muñoz Conde** (2005, p. 6) assevera:

A violência é, portanto, consubstancial a todo o sistema de controle social. O que diferencia o direito penal de outras instituições de controle social é, simplesmente, a formalização do controle, liberando-o dentro do possível, da espontaneidade, da surpresa, do conjunturalismo e da subjetividade própria de outros sistemas de controle social. O controle social jurídico-penal é, além disso, um controle normativo, quer dizer, exerce-se através de um conjunto de normas criadas previamente ao efeito.

A partir da análise das questões até aqui identificadas, é necessário refletir sobre a aplicação do *jus puniendi*. Ao exercer esse poder, o Estado está agindo em prol da pacificação social ou está simplesmente, dentro do seu direito de punir, controlando o corpo social e submetendo todos à sua vontade? A questão fica complexa quando se delimita para o campo das medidas cautelares de natureza pessoal, em que a prisão, por exemplo, pode ser determinada, mesmo antes de existir uma sentença penal condenatória transitada em julgado, em afronta ao princípio da presunção da inocência. Contudo essa prisão cautelar que acabará nascendo ou se tornando uma prisão preventiva, não é vista como uma prisão para o exercício da punição, mas apenas como uma cautela social, dentro de requisitos e pressupostos objetivos e subjetivos à sua decretação.

O Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a prisão preventiva não fere a presunção da inocência. Por outro lado, no campo prático e real, qual seria a diferença de um preso preventivo para um encarcerado que cumpre a pena? A situação prática é igual para ambos, já que se encontram encarcerados em instituições penais, presos em celas, devendo obedecer às regras estabelecidas pelo próprio sistema jurídico, inclusive na Lei 7.210/84, a Lei de Execuções Penais, passam pelas mesmas angústias, recebem o mesmo tratamento estatal, ingerem o mesmo alimento, sofrem as mesmas dores e estão sujeitos aos mesmos riscos. Dessa forma, seria possível conceber a prisão preventiva como uma espécie de cumprimento de pena antecipada? O STF não admite essa tese e a Lei 13.964/19, alterando o disposto no Código de Processo Penal, trouxe no § 2º do art. 313, a impossibilidade de decreto preventivo com o objetivo de antecipar uma pena de prisão.

Por outro lado, importa refletir sobre a detração penal. Esse instituto disposto no art. 42 do Código Penal determina o desconto na pena dos dias cumpridos na prisão provisória. De certa forma, ao admitir o desconto dos dias cumpridos de prisão provisória no cômputo da pena, não poderia significar que, na verdade, aquela prisão serviu como o início do cumprimento da pena? Não se trata aqui de crítica à detração penal, ao contrário, é importante que haja o desconto dos dias, contudo fica a temática para reflexão na circunstância de uma espécie de cumprimento antecipado da pena, através da prisão preventiva. Essa questão também se evidencia ao se analisarem casos em que o acusado permanece preso cautelarmente tanto tempo que, ao receber a sentença condenatória, já cumpriu parte da pena ou está no direito a obter uma progressão de regime. Por isso, é necessário entender essas prisões não só como cautelas estatais, mas também como uma forma de demonstração de poder e controle.

As prisões provisórias têm sido definidas, como sendo procedimentos de urgência que servem para atender uma necessidade emergencial, cuja demora pode causar um efeito danoso naquele que busca a tutela jurisdicional do Estado. Importa destacar que essas prisões, decretadas antes da sentença penal condenatória transitada em julgado, são consideradas medidas cautelares estatais de natureza excepcional. Contudo esse modelo de segregação antecipada, enquanto medida de prevenção, é fruto de analogia no âmbito do Direito Processual Civil com relação à natureza jurídica cautelar, que geralmente é utilizado em matéria processual penal. Essa utilização de institutos do Processo Civil em matéria penal, há algum tempo tem sido alvo de críticas por parte da doutrina mais garantista, que anseia por uma teoria geral do Processo Penal. Atualmente, as espécies de prisões provisórias no Direito Processual Penal são: prisão em flagrante delito, prisão temporária (Lei 7.960/89) e a prisão preventiva. São essas medidas de cautela que o Estado utiliza para, exercendo seu *jus puniendi*, controlar a sociedade.

Antes da vigência da CF/88, as segregações cautelares eram mais complexas, pois o fato de não existir democracia fazia com que as autoridades do Governo Militar se sentissem autorizadas a fazerem o que quisessem com os presos. Os relatos de tortura, mortes e desaparecimentos durante a ditadura militar serão sempre lembrados como um período triste e sombrio da sociedade. Com o advento da Constituição, esse aspecto se modificou, pois agora existem princípios e regras aplicados e garantidos pelo Estado.

É relevante entender a importância do art. 5º, LXI, da CF/88, que determina a possibilidade de prisão, apenas com ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, com exceção da situação flagrancial. Trata-se de verdadeira conquista democrática

e civilizatória compreender que qualquer situação de segregação antecipada obedecerá ao devido processo legal e os acusados, sem exceção, terão a seu favor, além da presunção da inocência, todas as garantias que limitam o poder punitivo do Estado. Por outro lado, mesmo seguindo as regras para decretação das prisões cautelares, é possível conceber essas medidas como verdadeiras formas de controle. Isso porque o Estado, legitimado com o discurso da pacificação social, pode retirar a liberdade de qualquer pessoa antes mesmo de ser comprovada a sua culpa, com a narrativa de que a prisão provisória não fere a presunção de inocência. Imagine um indivíduo preso preventivamente, de acordo com os critérios legais definidos na CF e no Código de Processo Penal. Ele é retirado do convívio social, levado a uma instituição penal de segurança, aguardará a audiência de custódia que, se não for realizada pelo juízo competente, servirá apenas para cumprir a formalidade legal; ele permanece preso, aguardando a resposta do Poder Judiciário dos requerimentos de liberdade, por vezes, reiteradamente negados. Esse indivíduo passará por todas as angústias e os sofrimentos relacionados ao encarceramento, mas a sua presunção é de inocência, ou seja, o Estado o considera inocente, porém o trata como culpado. Percebe-se que, na prática, a prisão preventiva representa culpa, determina uma punição por antecipação e tudo isso é aceito, é legitimado, pois o Estado precisa de um instrumento de punição rápido, como o período de terror na França precisava de um instrumento de morte rápida — a guilhotina. A prisão provisória funciona atualmente como a guilhotina, não matando, mas punindo e demonstrando à sociedade a força e o poder estatais.

Para exemplificar, é possível analisar as prisões realizadas pelo Estado em decorrência dos atos criminosos praticados em 8 de janeiro de 2023, em Brasília/DF. Os danos causados pelos criminosos mancharão para sempre a nossa história, foi uma “faca enterrada no coração da democracia” e não há argumento que justifique tal atitude, contudo, ao refletir sobre a reação do Estado, percebe-se como ele agiu rapidamente, mostrando a sua força, o seu poderio e, logo, centenas de pessoas foram presas. Não se trata de julgar as condutas praticadas pelos indivíduos presos, muito menos as circunstâncias da prisão, mas direcionar o olhar para a resposta do Estado. Ele foi célere, eficiente, determinante para demonstrar o seu poder punitivo. As prisões, convertidas em preventivas, não só serviram para acautelar a investigação ou o futuro processo, mas foram determinantes para demonstrar à sociedade, de modo exemplar, a sua força. Assim, essas prisões cautelares funcionaram como instrumentos de coerção, controle e resposta rápida ao Estado que, no exercício do *jus puniendi*, utilizou-as para o controle do corpo social e, dessa forma, manter o seu Poder.

## Referências

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 3 ed. Leme: CL EDIJUR, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 20. ed. Rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 12 jul. 2023.

CONDE, Francisco Muñoz. *Direito Penal e Controle Social*. Forense: Rio de Janeiro, 2005.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Processo Criminal Transformativo*: modelo criminal e sistema processual não violentos. Belo Horizonte, São Paulo, D'Plácido, 2022.

NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*: Parte Geral. v. 1. 38. ed. São Paulo, Saraiva, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: Parte Geral. 3. ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008.

Autor convidado

# O AVANÇO INTERNACIONAL DA REGULAÇÃO DA CANNABIS E O INJUSTIFICÁVEL ATRASO BRASILEIRO

## THE INTERNATIONAL ADVANCE OF CANNABIS REGULATION AND THE UNJUSTIFIABLE BRAZILIAN BACKWARDNESS

**Paulo José dos Reis Pereira**

Doutor em ciência política pela Unicamp. Mestre em relações internacionais pela Unesp. Livre-docente em relações internacionais pela PUC-SP. Professor associado da área de relações internacionais da PUC-SP, do Programa de Pós-Graduação San Tiago Dantas Unesp/Unicamp/PUC-SP e do Mestrado Profissional em Governança Global e Formulação de Políticas Internacionais da PUC-SP. Coordenador do Grupo de Pesquisas Internacionais sobre Políticas de Drogas da PUC-SP e membro da rede internacional Global *Initiative Against Transnational Organized Crime*, no campo Reforma das Políticas de Drogas.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4134320556926918>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8334-9448>

[pjrpereira@pucsp.br](mailto:pjrpereira@pucsp.br)

**Resumo:** Há 10 anos o mundo presencia uma enorme transformação em termos de política de drogas. Diversos países e unidades federativas têm flexibilizado as restrições para o uso industrial, medicinal e mesmo recreativo da *cannabis*. Essa planta, que por quase cem anos foi identificada internacionalmente como uma das drogas mais perigosas do mundo, tem se tornado uma *commodity* lucrativa e legal, bem como um remédio com múltiplos usos. O continente americano concentra o maior número dessas iniciativas. O Brasil, no entanto, na contramão desse processo, recusa-se a avançar na regulação dessa planta, mantendo-a na ilegalidade e alimentando todos os males sociopolíticos daí advindos. Essa é uma posição cada vez mais injustificável do ponto de vista do bem comum.

**Palavras-chave:** *Cannabis*; Maconha; Brasil; Política de drogas; Américas.

**Abstract:** For 10 years the world has witnessed a huge transformation in terms of drug policy. Several countries and federative units have eased restrictions on the industrial, medicinal, and even recreational use of cannabis. This plant, which, for almost a hundred years, was internationally identified as one of the most dangerous drugs in the world, has become a lucrative and legal commodity, as well as a medicine with multiple uses. The American continent concentrates the largest number of these initiatives. Brazil, however, going against the grain of this process, refuses to advance in the regulation of this plant, keeping it illegal and feeding all the sociopolitical ills arising therefrom. This is an increasingly unjustifiable position from the point of view of the common good.

**Keywords:** *Cannabis*; Marijuana; Brazil; Drug Policy; Americas.

### 1. Introdução

Termos clareza sobre a nossa posição social e a assumirmos criticamente é a melhor maneira de sermos prudentes nas nossas escolhas e calibrarmos nossas percepções, evitando preconceitos e avaliações enviesadas. As ciências sociais chamam isso de reflexividade, uma estratégia que serve ao processo de produção de conhecimento sobre o "outro", melhorando a precisão, a adequação, a representatividade e a relevância das informações que compõem as evidências e as conclusões de um estudo (LEANDER, 2008). Ao mesmo tempo em que ajuda a compreender o objeto referente, tal estratégia também ajuda o observador a conhecer a si mesmo, investigando sua condição no mundo e os dilemas decorrentes que impactam a forma como apreende e confere significados ao que o cerca. A reflexividade vale para o pesquisador enquanto produtor de conhecimento, mas também poderia valer para o Estado/sociedade enquanto produtor de políticas que impactam a coletividade.

Esse texto se dispõe, assim, a fazer um livre exercício de reflexividade ao situar o Brasil no contexto internacional de rápido avanço das flexibilizações às restrições ao uso industrial, medicinal e mesmo recreativo da *cannabis*. Para tanto, o artigo está dividido em quatro partes, além desta introdução. Na primeira, há a explicação sobre o processo da regulação da *cannabis* em si, identificando termos e situando o debate. A segunda parte traz uma contextualização das diversas experiências internacionais que veem a *cannabis* como uma mercadoria, um remédio ou uma fonte de prazer. Na terceira parte, situamos o tratamento atual dado à *cannabis* no Brasil. Concluímos o texto, chamando a atenção para o quão injustificável é o atraso brasileiro na regulação da *cannabis*, especialmente para fins medicinais.

### 2. As variadas faces da regulação de uma planta historicamente proscrita

A *cannabis* foi identificada nos anos 1960 como uma das drogas

mais perigosas do mundo, cuja produção precisava ser restringida ao máximo e o consumo impedido a qualquer custo. Contra ela foi feita uma guerra, cuja violência foi direcionada para os mais pobres e vulneráveis. Nos últimos 10 anos, no entanto, ela tem se tornado uma *commodity* lucrativa e legal em diversos países e unidades federativas, bem como um remédio com múltiplos usos. Países poderosos economicamente, como o Canadá, membro do G7, o grupo de países mais ricos do mundo, e países do Sul Global, como o Uruguai, legalizaram e criaram uma regulação com muitas normas para definir o acesso a essa planta.

Tal transformação radical se deve a variados fatores, como o avanço do conhecimento científico e médico sobre a *cannabis* desde os anos 1960 e, principalmente a partir dos anos 1990, com a descoberta do sistema endocanabinoide, o fortalecimento dos movimentos da sociedade civil pelo acesso à *cannabis* medicinal, a expansão e a normalização do consumo da *cannabis* por todo o mundo ao longo das últimas décadas, a incapacidade da "guerra às drogas" de diminuir o consumo das substâncias psicoativas consideradas proibidas, ao mesmo tempo em que provocou enorme aumento da violência social em diversos países e, por fim, os interesses capitalistas que identificaram a *cannabis* como grande fonte de lucro (PEREIRA, 2022a, p. 187).

Mas o que significa "regulação"? Certamente algo muito distante das abordagens unidimensionais que dominam o debate público sobre políticas de drogas e perguntam: é melhor proibir ou liberar as drogas? Discuti esse aspecto com maior profundidade em outro texto elaborado junto com **Maurício Fiore** (FIORE; PEREIRA, 2021).

Quando falamos em "regulação da *cannabis*", referimo-nos a regras estabelecidas usualmente pelo Estado para ordenar a forma pela qual as pessoas passam a ter acesso a essa planta com seus efeitos psicoativos. Essas regras também estabelecem os interditos, ou seja, aquilo que configura infrações a esse ordenamento. Assim, para haver regulação a *cannabis* não pode ser proibida. Ela precisa ser legalizada,

ou seja, ser retirada do âmbito da ilegalidade. Em outros termos, ela precisa deixar de ser uma droga proscrita. Legalizar, assim, não significa um “tudo pode”. Na verdade, o que pode dependerá das regras da regulação, sejam elas mais ou menos restritivas. Tais regras devem dar conta de organizar todo esse novo mercado legal, da mesma forma que é feito com outras drogas, como o tabaco, o álcool e a infinidade de medicamentos com efeitos psicoativos, cada uma com suas regras próprias. No caso da *cannabis* e de outros mercados psicoativos, as regras versam sobre quem pode produzi-la, onde ela pode ser produzida, quem pode consumi-la, de que forma, que tipo de produto será autorizado para consumo, com quais características psicoativas, quais serão as penalidades para quem descumprir as regras e mais uma infinidade de aspectos próprios de um mercado legal e regulado (ver CALKINS *et al.*, 2016; KILMER, 2019).

Cada local que regulou a *cannabis* definiu regras próprias que refletiram os contextos sócio-históricos e culturais nas quais foram criadas, mas também uma série de embates políticos entre atores interessados nesse processo, seja da sociedade civil, como organizações não governamentais e corporações, seja do governo, do Estado e mesmo atores estrangeiros. Assim, vale notar que esse não é um processo pacífico.

### 3. O “outro”: o avanço das experiências de regulação pelo mundo

Atualmente, o contexto internacional da regulação da *cannabis* é extremamente variado. Um conjunto de países e unidades federativas regulou a *cannabis* para todos os fins, inclusive o recreativo. Ou seja, nesses lugares as pessoas podem consumir *cannabis* por prazer, da mesma forma que o fazem com o álcool e o tabaco.

Entre os locais que promoveram a regulação integral desse mercado estão Uruguai, Canadá, Malta, vinte e três estados dos Estados Unidos (cuja lógica federativa confere autonomia aos estados para definirem legislações próprias, distintas de legislação Federal, que continua criminalizando a *cannabis*), além de Washington, D.C. No Uruguai, o Estado controla toda a cadeia produtiva, da produção à venda ao consumidor final. No Canadá, há variação entre as províncias; o Estado normalmente controla a venda no atacado, mas empresas são permitidas. Nos estados estadunidenses, há grande variação, mas predomina a orientação pró-lucro, na qual as corporações têm papel central. Em Malta, somente entidades sem fins lucrativos têm autorização para a comercialização de *cannabis*. Em praticamente todos esses casos, o cultivo individual para consumo próprio é permitido.

Outros países têm experimentos diversos. Na Holanda, a venda e o consumo de *cannabis* em pequenas quantidades em *coffee shops* são permitidos e existe um projeto-piloto em andamento que autoriza o cultivo em algumas cidades do país para abastecer o mercado legal. O cultivo para uso individual também é permitido. Na África do Sul, o consumo, o cultivo e a posse de *cannabis* são permitidos, mas não a comercialização. O México também permite o consumo recreativo, mas ainda não há uma lei que regule o mercado. A Espanha tem uma legislação ambígua na qual a posse, o consumo e o cultivo são tolerados, mas não o comércio, o que resultou, naquele contexto, na criação de grandes clubes canábicos sem fins lucrativos. A República Checa também permite o consumo, a posse e o cultivo, mas não a comercialização. Em todos esses casos, há idade mínima para se envolver com a *cannabis*, normalmente acima dos 18 ou 21 anos. Nos países com legislações mais avançadas, há uma série de dispositivos de controle que visam proteger o consumidor, as crianças e os adolescentes, bem como a própria saúde pública.

Ainda que os estudos sobre as decorrências da regulação da *cannabis* para fins recreativos estejam em andamento e haja muito a ser compreendido, em nenhum deles a catástrofe anunciada pelos proibicionistas se instaurou. Isso não significa dizer que o consumo de *cannabis* pela população seja inofensivo. Há e haverá problemas decorrentes desse consumo, como há para quaisquer drogas legais. No entanto, é inegável que a regulação propicia um maior controle do Estado e da própria sociedade sobre essa produção e esse consumo, coisa inviável em mercados ilegais, fora, portanto, da autoridade estatal. Inclusive, porque as regras estabelecidas sempre podem ser alteradas para se alcançar objetivos relevantes, como a proteção à saúde (ver FISCHER *et al.*, 2017).

Ademais, tal escolha pela regulação tende a diminuir os problemas decorrentes da existência de grandes mercados ilegais.

O número de localidades que promoveu alguma forma de regulação da *cannabis* para fins medicinais é ainda muito maior, dadas as cada vez mais claras evidências da eficácia dos componentes dessa planta para o tratamento de diversos tipos de problemas relacionados à dor, glaucoma, náusea, depressão, esclerose múltipla, epilepsia, neuralgia, entre outras (PERTWEE, 2014).

Diversos estados estadunidenses têm programas de acesso médico à *cannabis*. Eles já somam trinta e oito. A maior parte dos Estados latino-americanos também os têm, como Argentina, Colômbia, Paraguai, Uruguai, Costa Rica e Panamá, Jamaica, Porto Rico, São Vicente e Granadinas e mesmo o Brasil, este último de forma bem limitada, como veremos no próximo tópico (PEREIRA, 2022b). Na Europa, há muitos países que autorizam o uso medicinal de *cannabis* com diferentes regras, dentre os quais estão Grécia, Alemanha, Itália, França e Reino Unido. O próprio parlamento europeu adotou uma resolução em 2019 sobre tal uso, demandando dos países uma definição legal sobre o uso medicinal, investimento em pesquisa e que medicamentos à base de *cannabis* sejam cobertos por seguros de saúde (PARLAMENTO..., 2019). Israel, Austrália, Nova Zelândia, Tailândia, Malawi, Zâmbia, Zimbábue, Lesoto, Gana, Ruanda e Marrocos são outros países ao redor do mundo que também têm regras de acesso à *cannabis* para fins medicinais. Vários desses países e outros, inclusive com abordagens extremamente proibicionistas em relação às drogas, como a China, também permitem o uso industrial de *cannabis* com baixos níveis de THC, para a fabricação de produtos têxteis, papel, óleos, resinas, materiais de construção, combustíveis etc.

Por fim, existe um grande grupo de países que já descriminalizou *de jure* ou *de facto* o porte de pequenas quantidades de *cannabis* para uso pessoal. O relatório “*A quiet revolution: drug decriminalisation across the globe*” informa que em torno de 25 países já haviam feito esse movimento de descriminalização até 2016, vários deles incluindo outras drogas para além da *cannabis*, como Portugal, que descriminalizou a posse para consumo pessoal de todas as drogas (EASTWOOD; FOX; ROSMARIN, 2016). É de se supor que nos últimos anos esse número tenha se multiplicado significativamente.

A perspectiva para os próximos anos é de contínua expansão das diferentes formas de regulação da *cannabis* para diversos fins. Um dos casos mais esperados é o da Alemanha, que já garante o acesso medicinal, mas tem a previsão de até o final de 2023 autorizar o uso recreativo, o porte de pequenas quantidades, o cultivo doméstico e a criação de clubes canábicos.

### 4. O Brasil e a manutenção da sua condição proibicionista

Nesse contexto de avanços internacionais rápidos e revolucionários em relação à regulação da *cannabis*, onde se encontra o Brasil? Como defendi em recente texto publicado com Thiago Rodrigues (RODRIGUES; PEREIRA, 2022), o País tem um avanço extremamente conservador na pauta da *cannabis*, marcado por valores proibicionistas e por uma herança escravocrata. A política de drogas, incluso a da *cannabis*, é utilizada para a contenção das insatisfações com a gritante desigualdade socioeconômica pela via do Direito Penal e da violência de Estado praticada pela polícia e por outros órgãos de aplicação da lei.

Aqui, crimes relacionados à *cannabis* são considerados hediondos pela Lei de Drogas de 2006, comparável a estupro e assassinato, prevendo uma sentença de cinco a quinze anos de prisão. O porte para consumo de pequenas quantidades continua sendo crime, ainda que sem a pena de prisão. Como não há diferenciação clara na lei sobre quem é consumidor e quem é traficante, essa decisão passa pela avaliação subjetiva do juiz ao analisar o contexto em que o crime foi praticado e as características do acusado. Dada a seletividade penal racista e classista do nosso sistema de justiça, no entanto, o resultado desse contexto é a prisão de jovens negros pobres das periferias das grandes cidades.

Pesquisa recente demonstrou que aproximadamente 60% dos processos judiciais no Brasil no primeiro semestre de 2019 envolveram a apreensão pequenas quantidades de *cannabis*, até 150 gramas, sendo

que a média foi de 85 gramas (SOARES *et al.*, 2023). Outra pesquisa sobre as ocorrências policiais no estado de São Paulo entre 2015 e 2017 relacionadas ao tráfico de maconha mostrou que elas envolviam pessoas portando menos de 40 gramas da planta (MENA, 2018). Finalmente, um levantamento de dados de sentenças de primeiro grau para o crime de tráfico de drogas julgados na cidade de São Paulo em 2017 identificou que pessoas negras são processadas por tráfico com uma quantidade inferior de drogas em relação às pessoas brancas. Tal discrepância é mais alta quando a droga é a maconha, atingindo uma proporção de 3,5 vezes. Ou seja, na mediana, uma pessoa branca só é processada quando é flagrada com 3,5 vezes mais quantidade de maconha do que uma pessoa negra (DOMENICI; BARCELOS, 2019). Isso mostra a constância no tratamento da proibição da maconha sob um viés racista, resultado da nossa herança escravocrata. De acordo com **Oliveira e Ribeiro** (2018), o crescimento regular do número de mortes de jovens negros no País, justificado como combate ao tráfico de drogas e ao crime organizado, bem como o aumento do encarceramento em massa de homens e mulheres negras desde a Lei de Drogas de 2006 indicam a enorme violência institucional, direta, indireta e cultural, contra a população negra, seja historicamente ou contemporaneamente.

Enquanto isso, o julgamento sobre a descriminalização do porte de *cannabis* para uso pessoal está parado no Supremo Tribunal Federal desde 2015, ainda que já conte com três votos favoráveis entre os onze ministros. Também desde 2015, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária do Brasil tem emitido diretrizes que autorizam o uso medicinal de *cannabis* no País, possibilitando a importação, o registro de produtos e a venda em farmácias. A falta de uma legislação mais ampla e clara, no entanto, impede o cultivo de *cannabis* para fins medicinais, o regulamentação das associações de pacientes, que hoje somam mais de 80 em todo o Brasil, a manipulação por farmácias vivas e farmácias magistrais, a obrigatoriedade dos planos de saúde e o próprio Sistema Único de Saúde responderem à demanda desse medicamento, o cultivo individual para fins medicinais, o uso da planta *in natura* e não só de compostos, como óleos e outros produtos, e uma orientação mais ampla que preveja políticas de reparação e justiça social relacionada à evolução desse mercado. Além disso, incrivelmente, ainda há relatos de pessoas sofrendo processos e sendo presas por cultivarem *cannabis* para tratar suas condições médicas e de seus familiares, no mais das vezes filhos e filhas.

O projeto de Lei 399/2015, que traz algumas dessas inovações mencionadas para a regulação do uso medicinal da *cannabis* está parado na Câmara dos Deputados desde 2015, sem perspectivas

de votação no curto prazo, expressando o caráter conservador do legislativo brasileiro. Esse mesmo projeto de lei também se propõe a regulamentar o uso industrial da *cannabis* no Brasil, o que possibilitaria a criação de toda uma nova cadeia de produção articulada a outros ramos mercantis já consolidados.

Enquanto os poderes estatais seguem na letargia, reticentes de encararem um tema que historicamente tem enormes resistências na sociedade brasileira por uma mentalidade forjada durante décadas de “guerra às drogas”, tudo o que há de regulamentação da *cannabis* no Brasil é resultado da pressão feita por indivíduos, grupos e movimentos sociais articulados em torno dessa pauta.

## 5. Conclusões

O proibicionismo que vigorou por décadas no mundo transformou o debate atual sobre política de drogas em uma versão extrema do tudo ou nada. Ou se é totalmente contra as drogas e a favor de proibi-las ou se é totalmente a favor das drogas e contra proibi-las. Essa dicotomia é contraproducente e cria uma barreira para a reflexão necessária sobre um tema complexo e que tem impactos na segurança e na saúde das pessoas. Temos que nos reapropriar das suas nuances para pensar a política de drogas, entendendo que as possibilidades de regulação e controle de substâncias psicoativas são imensas e demandam pesquisa, escuta, propostas e avaliação constante. Olhar para como outros países estão lidando com esse tema é fundamental para repensarmos a forma como nós lidamos e projetar novas formas de se lidar com ele, levando em conta nossa história e nossas características. É importante que o Estado/sociedade, no sentido de uma coletividade política, faça esse exercício de reflexividade. No caso da *cannabis*, muitos países americanos já estão seguindo esse caminho, região que tem se tornado um espaço fundamental de experimentações na busca por alternativas mais sensatas no tratamento dessa planta, seja para o seu uso medicinal, industrial ou recreativo.

Assim, torna-se cada vez mais injustificável a manutenção da política violenta, racista e classista em relação à *cannabis* que vigora no Brasil e que mantém essa planta na ilegalidade, alimentando todos os males sociopolíticos daí advindos. Essa condição, que supõe defender relevantes bens jurídicos, na verdade violenta diariamente o bem comum, que deve investir no respeito às liberdades individuais e no direito à saúde, à vida e à segurança, pilares do bom funcionamento de uma comunidade politicamente justa. Tais preceitos não só estão previstos na constituição brasileira, como também nas principais convenções internacionais de proteção dos Direitos Humanos.

## Referências

CALKINS, Jonathan Paul; HAWKEN, Angela; KILMER, Beau; KLEIMAN, Mark. *Marijuana legalization: What everyone needs to know?* 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2016.

DOMENICI, Thiago; BARCELOS, Iuri. Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo. *Pública*. 6 maio 2019. Disponível em: <https://apublica.org/2019/05/negros-sao-mais-condenados-por-trafego-e-com-menos-drogas-em-sao-paulo/>. Acesso em: 12 jul. 2023.

EASTWOOD, Niamh; FOX, Edward; ROSMARIN, Ari. *A quiet revolution: Drug decriminalisation policies in practice across the globe*. Release: Drugs, The Law and Human Rights - March 2016. Londres: Release Publication, 2016. Disponível em: <https://www.release.org.uk/publications/drug-decriminalisation-2016>. Acesso em: 12 jul. 2023.

FIORE, Maurício; PEREIRA, Paulo José dos Reis. The politics of evaluating *cannabis* regulation in Uruguay. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 40, n. 1, p. 103-124, 2021. <https://doi.org/10.25091/s01013300202100010005>

FISCHER, Benedikt; RUSSELL, Cayley; SABIONI, Pamela; VAN DEN BRINK, Wim; LE FOLL, Bernard; HALL, Wayne; REHM, Jürgen; ROOM, Robin. Lower-risk cannabis use guidelines: A comprehensive update of evidence and recommendations. *American Journal of Public Health*, v. 107, n. 8, p. 1193-1340, 2017. <https://ajph.aphapublications.org/doi/abs/10.2105/AJPH.2017.303818>

KILMER, Beau. How will cannabis legalization affect health, safety, and social equity outcomes? It largely depends on the 14 Ps. *American Journal of Drug and Alcohol Abuse*, v. 45, n. 6, p. 664-672, 2019. <https://doi.org/10.1080/00952990.2019.1611841>

LEANDER, Anna. Thinking tools. In: KLOTZ, A.; PRAKASH, D. (Orgs.). *Qualitative methods in international relations: A pluralist guide*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2008. p. 11-27.

MENA, Fernanda. Em SP, metade dos casos de tráfico de maconha equivale a até 2 bom-

bons. *Instituto Sou da Paz*. 27 maio 2018. Disponível em: <https://soudapaz.org/noticias/em-sp-metade-dos-casos-de-trafego-de-maconha-equivale-a-ate-2-bombons/>. Acesso em: 12 jul. 2023.

OLIVEIRA, Nathália; RIBEIRO, Eduardo. O massacre negro brasileiro na guerra às drogas. *SUR*, v. 15, n. 28, p. 35-43, 2018. Disponível em: <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2019/05/sur-28-portugues-nathalia-oliveira-e-eduardo-ribeiro.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2023.

PARLAMENTO Europeu apela a um melhor acesso à canábis para fins terapêuticos. *Atualidade: Parlamento Europeu*. 13 fev. 2019. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/news/pt/press-room/20190207IPR25221/parlamento-europeu-apela-a-um-melhor-acesso-a-canabis-para-fins-terapeuticos>. Acesso em: 12 jul. 2023.

PEREIRA, Paulo José dos Reis. *Cannabis Global Co.: consenso fissurado Um estudo de relações internacionais sobre o nexo entre drogas e capitalismo*. 2022a. 241 f. (Livre-docência) - Relações Internacionais, PUC-SP, São Paulo. 2022a.

PEREIRA, Paulo José dos Reis. Corporate capture of the Latin American medical cannabis market. TNI. 31 out. 2022b. Disponível em: [tmi.org/en/publication/corporate-capture-of-the-latin-american-medical-cannabis-market](https://tmi.org/en/publication/corporate-capture-of-the-latin-american-medical-cannabis-market). Acesso em: 12 jul. 2023.

PERTWEE, Roger G. *Handbook of cannabis*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

RODRIGUES, Thiago; PEREIRA, Paulo José dos Reis. De 'erva do diabo' a panaceia? Biopolíticas da *cannabis* no Brasil. *Cadernos de Campo (São Paulo - 1991)*, v. 31, n. 1, e198075, 2022. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9133.v31i1pe198075>

SOARES, Milena Karla *et al.* *Crítérios objetivos no processamento criminal por tráfico de drogas: natureza e quantidade de drogas apreendidas nos processos dos tribunais estaduais de justiça comum*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2023.

Autor convidado

# RECLAMAÇÃO 44.565 – CASO OLLANTA HUMALA: DECISÃO ESTRANGEIRA DETERMINANDO COLETA DE TESTEMUNHO NO BRASIL DEMANDA *EXEQUATUR*

*COMPLAINT 44,565 – OLLANTA HUMALA CASE: FOREIGN DECISION DETERMINING THE  
HEARING OF WITNESSES IN BRAZIL REQUIRES EXEQUATUR*

## **Leonardo Massud**

Mestre em Direito Penal pela PUC/SP. Professor de Direito Penal na PUC/SP. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4758232428349005>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5482-6850>

[l.massud@msasa.com.br](mailto:l.massud@msasa.com.br)

## **Leandro Sarcedo**

Doutor e Mestre em Direito Penal pela USP. Professor do Mestrado em Direito Médico na UNISA. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0222656421102009>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0636-8298>

[l.sarcedo@msasa.com.br](mailto:l.sarcedo@msasa.com.br)

## **Pedro Luiz Bueno de Andrade**

Graduado em Direito pela USP. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8523543670146309>

ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-8408-2800>

[p.andrade@msasa.com.br](mailto:p.andrade@msasa.com.br)

## **Renato Losinskas Hachul**

Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela PUC/SP.

Pós-Graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra/IBCCRIM. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0967386822330003>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1636-4197>

[renato.hachul@msasa.com.br](mailto:renato.hachul@msasa.com.br)

## **Caio Henrique Godoy da Costa**

LL.M. em Direitos Humanos pela Universidade de Viena. Pós-Graduado em Direito Penal pela Escola Paulista da Magistratura. Advogado.

ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-8386-0178>

[c.godoy@msasa.com.br](mailto:c.godoy@msasa.com.br)

**Resumo:** Análise da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) na Reclamação 44.565, caso Ollanta Humala, acerca da necessidade de *exequatur* em pedidos de cooperação internacional decorrentes de decisão judicial estrangeira determinando produção de prova em território brasileiro.

**Palavras-chave:** Carta rogatória; Auxílio direto; *Exequatur*; Soberania nacional.

**Abstract:** Analysis of the decision handed down by the Superior Court of Justice in Constitutional Complaint 44,565, Ollanta Humala's case, regarding the need of *exequatur* in international cooperation requests resulting from a foreign court decision determining the production of evidence in the Brazilian territory.

**Keywords:** Letter rogatory; Mutual legal assistance; *Exequatur*; National sovereignty.

A análise da decisão proferida pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura no julgamento da Reclamação 44.565, em que determinou a anulação dos atos praticados no procedimento de cooperação internacional levados a efeito pelo Departamento de Recuperação de Ativos Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública (DRCI), demanda a contextualização do que foi solicitado por autoridades peruanas ao Brasil.

A deflagração da Operação Lava-Jato no Brasil reverberou em outros países, alcançando especialmente a República do Peru, onde o Ministério Público — *Fiscalía de la Nación* —, atuando em sintonia com o Ministério Público Federal brasileiro, fez deflagrar, naquele país, diversas investigações e ações penais contra presidentes e ex-presidentes, além de outras pessoas.

Nesse contexto, o ex-presidente do Peru, Ollanta Humala, figura como réu em ação penal que tramita perante o *Tercer Juzgado Penal Colegiado Nacional* da Corte Superior de Justiça Penal Especializada do Peru, a qual visa a apurar suposta prática de lavagem de dinheiro.

Para fins de instrução probatória do mencionado processo, referido órgão jurisdicional peruano determinou a coleta, no Brasil, de prova testemunhal consistente em uma série de depoimentos de cidadãos brasileiros aqui residentes.

Portanto, houve decisão judicial proferida pelo Poder Judiciário Peruano determinando a oitiva de brasileiros por meio de videoconferência, estabelecendo dia, hora e obrigatoriedade de comparecimento, devendo tal ato de produção probatória ser conduzido diretamente pela autoridade judicial peruana, apesar das testemunhas encontrarem-se no Brasil.

Assim, foi enviada pelo Poder Judiciário peruano ordem à Autoridade Central daquele país, que, no caso, é o próprio Ministério Público,<sup>1</sup> para que tomasse as medidas necessárias a viabilizar tal ato.

Por sua vez, o Ministério Público peruano, na qualidade de autoridade central, enviou ao DRCl, autoridade central brasileira, pedido de cooperação jurídica internacional para viabilizar a oitiva das testemunhas aqui residentes, nos moldes determinados pela autoridade judicial peruana.

Esse pedido de cooperação jurídica internacional foi recepcionado pelo DRCl, que realizou o juízo de admissibilidade e o encaminhou ao Ministério Público Federal para execução.

Diante do tratamento conferido pelo DRCl à solicitação, a defesa técnica de Ollanta Humala propôs Reclamação perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), para a garantia da competência da Corte no tocante à concessão ou não do *exequatur*, nos termos do art. 105, inciso I, alínea i, da Constituição da República.

A Constituição de 1988 estabelece como princípio das relações internacionais da República Federativa do Brasil a independência nacional (art. 4º, inc. I). Portanto, o Brasil não se submete a qualquer outro Estado estrangeiro, tampouco aceita ingerências em seu território. De igual modo, a Constituição estabelece o princípio da não intervenção (art. 4º, inc. IV). Assim, considerando os princípios de soberania e reciprocidade que norteiam as relações internacionais, numa via de mão dupla, o Brasil também não está autorizado a impor sua jurisdição a outros países.

Como decorrência disso, a jurisdição brasileira só é diretamente exercida nos limites do território nacional e, de igual modo, nenhum poder estrangeiro será exercido diretamente em solo brasileiro. Quando uma autoridade estrangeira precisa realizar atos jurisdicionais no território brasileiro, a cooperação jurídica internacional é o caminho legalmente estabelecido, seja por meio de carta rogatória, seja por meio de auxílio direto.

No Brasil, o regramento geral aplicável à cooperação jurídica internacional está disposto no Código de Processo Civil, nos artigos 26 a 41 e 960 a 965. De modo semelhante, o Código de Processo Penal também prevê, nos artigos 780 e seguintes, a cooperação jurídica internacional e o uso de carta rogatória como

formas de realização de atos judiciais demandados por autoridades estrangeiras em território nacional.

A fim de reduzir a burocracia para a realização de atos judiciais no exterior ou cumprir em território nacional pedidos de assistência emanados de outros Estados, garantindo maior celeridade, o Brasil é signatário de diversos acordos internacionais de cooperação jurídica.

Por meio de acordos multilaterais ou bilaterais — *mutual legal assistance treaties* (MLAT) —, os países signatários comprometem-se a prestar auxílio jurídico mútuo. Retira-se da via diplomática o recebimento dos requerimentos e se estabelece uma autoridade central para coordenar o cumprimento dos pedidos de assistência. Na ausência de um acordo internacional, o uso de Carta Rogatória por via diplomática permanece sendo a solução.

O atendimento a pedidos de cooperação jurídica internacional pelo Brasil (denominada passiva) segue o seguinte fluxo: a autoridade central brasileira, DRCl, recepciona o pedido oriundo da autoridade central estrangeira; analisa o preenchimento dos requisitos formais para cumprimento do ato no Brasil; examina a existência de acordo bilateral ou multilateral e, então, verifica a necessidade ou não de juízo de delibação pelo STJ. O DRCl delibera se tal pedido será processado como auxílio direto ou carta rogatória, independentemente do nome que a autoridade estrangeira lhe tenha atribuído. Não havendo necessidade de juízo de delibação e havendo acordo de cooperação entre o Estado solicitante e o Brasil, o pedido será processado como auxílio direto. Do contrário, será processado como carta rogatória.

No caso em comento, o DRCl entendeu não haver necessidade de juízo de delibação. Essa decisão do órgão foi o objeto da Reclamação, tendo o STJ entendido que, no caso específico, havia, de fato, necessidade de delibação. Conforme consta da decisão em questão, não se trata de escolha livre sobre qual dos dois instrumentos de cooperação internacional será utilizado:

A questão, note-se, assume contornos por demais relevantes para a ordem jurídica nacional. Afinal, a exigência de prévia concessão de *exequatur* pelo Superior Tribunal de Justiça decorre de afirmação de competência constitucional. Ou seja, para a ordem interna, a eficácia das decisões judiciais estrangeiras submete-se a um grau mais elevado de formalidade que perpassa pela observância de regras de competência absoluta e inderrogáveis, passando pela observância de procedimentos que assegurem as garantias do justo processo.

Não se trata, portanto, de mero juízo de conveniência ou de oportunidade a direcionar a liberdade de escolha dos instrumentos de cooperação internacional. Ao menos não é este o quadro atual do sistema brasileiro. A carta rogatória é o instrumento de cooperação destinado ao cumprimento de decisão estrangeira (BRASIL, 2023, p. 5).

A carta rogatória, portanto, é o instituto procedimental adequado à cooperação jurídica internacional sempre que houver decisão judicial estrangeira a ser executada no Brasil sobre tema que envolva reserva de jurisdição. **Fábio Ramazzini Bechara** (2011, p. 54-55) formula distinção precisa sobre os institutos:

Na carta rogatória, o que se tem é o processamento do pedido formulado pela autoridade judicial estrangeira, em que a intervenção

da autoridade judicial do Estado requerido limita-se a uma cognição restrita à admissibilidade da solicitação. Já na assistência, é a própria autoridade do Estado requerido que tome a decisão, por provocação da autoridade estrangeira, analisando não somente as formalidades, mas o próprio mérito da solicitação. E mais, enquanto na carta rogatória tem-se um pedido judicial estrangeiro, na assistência direta, a provocação pode ser feita pelas partes interessadas ou pela autoridade policial, e não necessariamente pelo juiz.

Essa mesma diferenciação é feita por **Gilson Langaro Dipp** (2008, p. 32): “Na rogatória dá-se eficácia há uma decisão judicial estrangeira, ainda que de natureza processual ou de mero expediente. No pedido de auxílio, busca-se produzir uma decisão judicial doméstica e, como tal, não-sujeita ao juízo de delibação.” No caso em comento, inegavelmente, há decisão judicial estrangeira determinando a realização da prova. Não se trata, pois, de pedido para que o Brasil analise a situação e decida sobre a pertinência das oitivas. Nesse quadro, existindo prévia decisão judicial peruana a amparar o pedido de cooperação, em observância à reciprocidade entre os dois países, não resta dúvida quanto ao acerto da decisão do STJ na Reclamação 44.565 por reconhecer a obrigatoriedade de adoção do rito das cartas rogatórias.

É preciso não perder de vista, por outro lado, a inegável incidência da reserva de jurisdição no que concerne à produção de prova testemunhal no âmbito de ação penal, em atenção, inclusive, à cláusula do devido processo legal.

Precedentes jurisprudenciais do STJ corroboram que oitiva de testemunha em solo brasileiro para produção de prova em ação penal em trâmite no exterior consubstancia ato judicial, que, em tal condição, deve submeter-se, aqui, a juízo de delibação. Veja-se, como exemplo, caso que envolveu decisão judicial francesa para coleta de prova testemunhal no Brasil, em que o STJ entendeu pela necessidade de *exequatur*:

1. Na carta rogatória passiva, há decisão judicial oriunda da Justiça rogante que precisa ser executada e cumprida no Estado rogado, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça o juízo de delibação, sem, contudo, adentrar-se no mérito da decisão oriunda do País estrangeiro. No auxílio direto passivo, há um pedido de assistência do Estado alienígena diretamente ao Estado rogado, para que este preste as informações solicitadas ou provoque a Justiça Federal para julgar a providência requerida (medidas acautelatórias), conforme o caso concreto. Tudo isso, baseado em Acordo ou Tratado Internacional de cooperação.

2. *In casu*, trata-se da primeira espécie de cooperação internacional. O Promotor da República de Paris denunciou e solicitou ao Judiciário francês o processamento da investigação, e o Juiz de instrução julgou necessárias as providências referentes à colheita de prova “para a manifestação da verdade”. Assim, o Juízo estrangeiro, ao deferir a produção da prova requerida pelo Ministério Público, emitiu pronunciamento jurisdicional. Quer dizer, houve um juízo de valor realizado pelo Judiciário alienígena sobre a necessidade e adequação da colheita de prova. A decisão judicial estrangeira, portanto, deve ser submetida ao juízo delibatório do Superior Tribunal de Justiça, assegurando-se às Partes as garantias do devido processo legal,

sem, contudo, adentrar-se no mérito da decisão proveniente do País rogante.

3. Frise-se que não se trata de mero ato judicial formal de encaminhamento de pedido de cooperação, mas de ato com caráter decisório proferido pelo Poder Judiciário francês no exercício típico da função jurisdicional.

4. A concessão do exequatur é imprescindível na hipótese, pois, existente decisão judicial estrangeira a ser submetida ao crivo desta Corte, o caso concreto amolda-se à definição de carta rogatória, sendo de rigor a anulação dos procedimentos já realizados. (BRASIL, 2020a, p. 1).

No mesmo sentido o AgInt na CR 11.165/EX, também relatado pela Ministra Laurita Vaz, julgado pela Corte Especial do STJ em 06/09/2017, DJe 15/09/2017.

Pedidos da justiça portuguesa visando à intimação de pessoa residente no Brasil para prestar depoimento, na qualidade de testemunha, por meio de videoconferência em sede judicial brasileira, foram também processados como carta rogatória: CR 18.429, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 05/01/2023; e CR 14.080, Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 14/12/2018.

Noutra oportunidade, em cooperação internacional demandada pela Autoridade Central peruana para “que se proceda à notificação das partes interessadas de resolução que reprograma a Audiência de Julgamento Oral para 11 de maio de 2022, às 9h00, ‘do mesmo modo a audiência se realizará mediante o sistema de tele trabalho, através do aplicativo *Google Hangouts Meet*!”, situação muito semelhante à do caso em análise, o STJ processou o pedido como carta rogatória, ainda que este não tenha sido o nome utilizado pela autoridade central daquele país ao formular o pedido de cooperação (BRASIL, 2022).

Assim, uma decisão judicial estrangeira, cujo objeto seja a prática de ato que, no Brasil, incumba legalmente ao Poder Judiciário, deverá, inevitavelmente, ser submetida à delibação do STJ. Do contrário, estar-se-ia a permitir que órgão jurisdicional estrangeiro exercesse jurisdição em território brasileiro, o que é expressamente vedado pelo MLAT Brasil-Peru, em seu artigo 4º, 2: “Este Acordo não facultará às Partes executar, no território da Parte onde se realizam as diligências, as funções reservadas exclusivamente às autoridades desta Parte, nos termos de sua legislação interna” (BRASIL, 2001).

Ademais, o acordo de cooperação internacional existente entre Brasil e Peru prevê que autoridades peruanas podem participar de atos de coleta de depoimentos de testemunhas em solo brasileiro, não podendo, contudo, conduzi-los. Com efeito, a tomada de depoimentos no âmbito de processo penal que tramita no exterior, em solo brasileiro, deve ser presidida sempre por autoridade brasileira competente, como já decidiu o STJ:

O ato de delegação da condução e direção de produção de prova oral à Autoridade estrangeira, a fim de que esta proceda diretamente à inquirição da testemunha ou do investigado, não encontra qualquer tipo de respaldo constitucional, legal ou jurisprudencial. Trata-se de ato eivado de nulidade absoluta, por ofensa à soberania nacional, o qual não pode produzir efeitos dentro de investigações penais que

estejam dentro das atribuições das Autoridades brasileiras. Além disso, a nulidade decorrente do reconhecimento da necessidade de exequatur, abrange também a realização do aludido ato. (BRASIL, 2020b, p. 2)

De igual modo, há precedente do STF:

Revela-se lesiva à soberania brasileira, e transgredir o texto da Lei Fundamental da República, qualquer autorização, que, solicitada mediante comissão rogatória emanada de órgão judiciário de outro País, tenha por finalidade permitir, em território nacional, a inquirição, por magistrados estrangeiros, de testemunha aqui domiciliada, especialmente se se pretender que esse depoimento testemunhal - que deve ser prestado perante magistrado federal brasileiro (CF, art. 109, X) - seja realizado em Missão Diplomática mantida pelo Estado rogante junto ao Governo do Brasil. (BRASIL, 1999, p. 34)

Somente o juiz brasileiro poderá avaliar, com os poderes que lhes são conferidos pela Constituição da República, os casos de proibição de depor, as escusas à obrigatoriedade de prestar depoimento, as hipóteses de contradita, garantir o direito ao silêncio, preservar a testemunha de abusos durante sua inquirição, vedar perguntas que induzam às respostas e impedir a ameaça do processamento por perjúrio (inexistente na ordem jurídica nacional).

Por isso, em que pese a ausência de previsão legal direta e objetiva sobre o tema, o ato de inquirição no Brasil, solicitado por autoridade estrangeira no curso de ação penal estrangeira, deve seguir o ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, ser realizado por autoridade judicial brasileira, responsável por garantir os direitos e deveres da testemunha, seguindo o que estabelece os artigos 202 a 225 do Código de Processo Penal.

A tramitação por auxílio direto do pedido de cooperação jurídica formulado pelo Poder Judiciário peruano no caso Ollanta Humala, tal como determinada pelo DRCI, viria, inclusive, em prejuízo das garantias processuais das testemunhas, pois os atos demandados

seriam realizados sem a participação de qualquer autoridade judiciária nacional. Os cidadãos brasileiros estariam diretamente submetidos ao Poder Judiciário peruano, ainda que em solo brasileiro, o que é inteiramente inaceitável porque significa permitir que uma autoridade estrangeira presida a inquirição de testemunhas em território brasileiro, ainda que por videoconferência, violando a soberania nacional (artigo 1º, inciso I, da Constituição).

O fato do Estado Brasileiro ser colaborativo em matéria de cooperação jurídica internacional, nos termos do artigo 4º, inciso IX, da Constituição da República, não significa que possa se transformar em extensão territorial de Estados estrangeiros, permitindo que magistrados de outros países exerçam aqui, presencial ou virtualmente, sua jurisdição, em afronta à soberania nacional.

Portanto, no caso em análise, como decidido na Reclamação 44.565, fazia-se necessária a deliberação do STJ para avaliar a preservação da soberania nacional, a dignidade da pessoa humana e/ou a ordem pública (art. 216-P do Regimento Interno do STJ). Irretocável a decisão proferida, especialmente ao concluir que:

Assim, na hipótese dos autos, a medida de produção de prova, porquanto decorrente de decisão judicial estrangeira, deve ser submetida ao juízo delibatório do Superior Tribunal de Justiça, assegurando-se às partes as garantias do devido processo legal. Afinal, a determinação de produção de prova, no curso de processo judicial, é ato típico de função jurisdicional, submetendo-se, dessa forma, ao rito das cartas rogatórias.

Isso porque, se, por um lado, as facilidades da tecnologia da informação aplicadas à administração da justiça não podem ser ignoradas pelo Brasil na persecução dos objetivos da cooperação internacional, por outro, não se pode permitir que em nosso território atuem poderes e valores de outras nações, nem sempre coincidentes com os que povo brasileiro, representado pelo Poder Legislativo, entendeu imprescindíveis à pacificação e à regulação da convivência em sociedade.

## Notas

<sup>1</sup> O Acordo de Assistência Jurídica em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Peru, celebrado em Lima, em 21 de julho de 1999, foi promulgado no Brasil pelo Decreto 3.988/2001 e estabelece em seu artigo 7º que a autoridade central na República do Peru será o Ministério Público

## Referências

ABADE, Denise Neves. Conveniência entre instrumentos cooperacionais – a carta rogatória e o auxílio direto. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan. (Coords.). *Cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014. p. 307-329.

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação jurídica em matéria penal*: eficácia da prova produzida no exterior. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Decreto nº 3.988, de 29 de outubro de 2001*. Promulga o Acordo de Assistência Jurídica em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Peru, celebrado em Lima, em 21 de julho de 1999. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 out. 2001. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2001/d3988.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3988.htm). Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Carta Rogatória Nº 17483 - EX (2022/0087105-4)*. Ministro Humberto Martins. Brasília: DJe, 5 maio 2022. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq\\_publicacao=16525&seq\\_documento=32318003&data\\_pesquisa=05/05/2022&versao=impressao&nu\\_seguimento=00001&tipo\\_documento=documento](https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq_publicacao=16525&seq_documento=32318003&data_pesquisa=05/05/2022&versao=impressao&nu_seguimento=00001&tipo_documento=documento). Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Reclamação Nº 44565 - DF (2023/0002071-1)*. Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília: DJe: 27 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC 102.322/RJ*. Relª. Minª. Laurita Vaz, 6ª Turma, j,

e no Brasil o Ministério da Justiça. A estrutura administrativa do Ministério da Justiça é estabelecida pelo Decreto 11.103/2022, que, em seu Anexo I, artigo 14, prevê as atribuições do DRCI, responsável por, dentre outras coisas, implementar as cooperações jurídicas em matéria penal.

12/05/2020. DJe, 22 maio 2020b. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq\\_publicacao=16032&seq\\_documento=25498516&data\\_pesquisa=22/05/2020&versao=impressao&nu\\_seguimento=00001&tipo\\_documento=documento](https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq_publicacao=16032&seq_documento=25498516&data_pesquisa=22/05/2020&versao=impressao&nu_seguimento=00001&tipo_documento=documento). Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n. 97334/RJ*. Relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 12/5/2020. DJe, 22 maio 2020a. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq\\_publicacao=16032&seq\\_documento=25498515&data\\_pesquisa=22/05/2020&versao=impressao&nu\\_seguimento=00001&tipo\\_documento=documento](https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq_publicacao=16032&seq_documento=25498515&data_pesquisa=22/05/2020&versao=impressao&nu_seguimento=00001&tipo_documento=documento). Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *CR 8577*. Relator Min. Celso de Mello, julgado em 19/02/1999. DJ, 01 mar.1999, p. 034. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&classe=CR&numero=8577#>. Acesso em: 20 jul. 2023.

DIPP, Gilson Langaro. Carta rogatória e cooperação internacional. In: BRASIL. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos*: cooperação em matéria penal. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça. Brasília: 2008. p. 31-38. Disponível em: <http://dspace.mj.gov.br/handle/1/10301>. Acesso em: 20 jul. 2023.

Autores convidados

TEMA:

# A VALIDADE DE ATOS PRATICADOS POR JUÍZO INCOMPETENTE

ACTS PRACTICED BY COURTS STAINED BY INCOMPETENCE AND THEIR VALIDITY

**Resumo:** O “juiz natural” é garantia constitucionalmente prevista, não apenas por uma questão de evitar tribunais de exceção, mas também para garantir que o juízo mais afeito à matéria avalie, processe e julgue a causa. Todavia há que se questionar qual a validade dos atos praticados por juízos incompetentes e qual tem sido o seu tratamento perante as Cortes Superiores brasileiras. É o que esse caderno se preocupa em explorar.

**Palavras-chave:** Juiz natural; Competência; Nulidade; Cortes superiores.

**Abstract:** The “natural judge” is a constitutionally provided guarantee to avoid “bogus” proceedings and ensure that the court most suited to the matter evaluates, processes and judges the case. However, it is necessary to question the validity of the acts performed by incompetent courts and their treatment before the Brazilian Superior Courts. That is what this section is concerned with exploring.

**Keywords:** Natural judge; Competence; Invalidation; Superior courts.

## RATIFICAÇÃO DE ATOS PRATICADOS POR JUÍZO INCOMPETENTE

### Supremo Tribunal Federal

**Ementa:** Habeas Corpus.

2. Crimes de Estelionato.

3. Alegações de: a) ausência de indícios de autoria e materialidade; b) falta de fundamentação da preventiva; c) violação ao princípio do juiz natural; e d) excesso de prazo da prisão preventiva.

4. Prejudicialidade parcial do pedido, o qual prossegue apenas com relação à alegada violação ao princípio do juiz natural.

5. Em princípio, a jurisprudência desta Corte entendia que, para os casos de incompetência absoluta, somente os atos decisórios seriam anulados. Sendo possível, portanto, a ratificação de atos não-decisórios. Precedentes citados: HC nº 71.278/PR, Rel. Min. Néri da Silveira, 2ª Turma, julgado em 31.10.1994, DJ de 27.09.1996 e RHC nº 72.962/GO, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, julgado em 12.09.1995, DJ de 20.10.1995.

6. Posteriormente, a partir do julgamento do HC nº 83.006-SP, Pleno, por maioria, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 29.08.2003, a jurisprudência do Tribunal evoluiu para admitir a possibilidade de ratificação pelo juízo competente inclusive quanto aos atos decisórios.

7. Declinada a competência pelo Juízo Estadual, o juízo de origem federal ao ratificar o seqüestro de bens (medida determinada pela justiça comum), fez referência expressa a uma série de indícios plausíveis acerca da origem ilícita dos bens como a incompatibilidade do patrimônio do paciente em relação aos rendimentos declarados.

[...]

9. Ordem indeferida.

(HC 88262 segundo julgamento, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 18/12/2006, DJ 30-03-2007 RTJ VOL-00201-02 PP-00682) - (destaques nossos – Cadastro IBCCRIM 6440).

**Ementa:** Agravo regimental em mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Citação para apresentar defesa em tomada de contas especial. Alegação de que o processo administrativo foi instaurado exclusivamente com base em elementos obtidos de ação penal anulada pelo STJ em razão da incompetência do juízo. Direito líquido e certo não evidenciado. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

[...]

3. Além de não ter sido inequivocamente demonstrado que a decisão do TCU foi baseada unicamente na sentença penal anulada pelo STJ, não há que se falar em nulidade das provas produzidas pelo juízo federal tido por incompetente, tendo em vista que apenas os atos decisórios foram declarados nulos, mas com a ressalva de que poderiam vir a ser ratificados pela autoridade competente. Assim, o compartilhamento das provas só será havido por nulo na eventualidade de o juízo eleitoral competente decidir por não ratificar os atos decisórios praticados por juízo absolutamente incompetente.

4. Agravo regimental não provido.

(MS 38498 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 03/10/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 26-10-2022 PUBLIC 27-10-2022) - (destaques nossos – Cadastro IBCCRIM 6441).

### Superior Tribunal de Justiça

**Ementa:** MANDADO DE SEGURANÇA. AGENTE DE POLÍCIA FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. COMISSÃO DISCIPLINAR AD HOC. ANULAÇÃO PARCIAL. PROVA. RATIFICAÇÃO. COMISSÃO PERMANENTE DE DISCIPLINA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO APROVEITAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS. INSTRUÇÃO. REABERTURA. PREJUÍZO. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PRAXE ADMINISTRATIVA. VERIFICAÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. NECESSIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA MANDAMENTAL ELEITA. SEGURANÇA DENEGADA.

1. Cumprindo acórdão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, proferido nos autos do RMS 32.199/DF, prossegue-se no julgamento da presente impetração para definir se viola o princípio do juiz natural a anulação parcial de processo administrativo disciplinar, anteriormente conduzido por comissão ad hoc, com reabertura da fase de instrução, levada a efeito por comissão permanente de disciplina, que ratificou as provas produzidas pela comissão processante anterior.

2. Vício de competência que admite, em regra, convalidação pela autoridade competente e que não acarretou, na espécie, lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros (art. 55 da Lei n. 9.784/99).

3. Observância do princípio do aproveitamento dos atos processuais que também tem assento tanto na seara do direito processual

civil quanto no processual penal, ao se permitir a utilização dos atos instrutórios produzidos, ainda que realizados por autoridade absolutamente incompetente, bem como dos decisórios não relacionados diretamente ao mérito do processo, mediante ratificação pela autoridade competente. Precedentes.

[...]

7. Segurança denegada.

(MS n. 14.181/DF, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, julgado em 25/5/2016, DJe de 31/5/2016.) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6442**).

**Ementa:** PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO, OCULTAÇÃO DE CADÁVER E FURTO. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. PREVENÇÃO. REGRA RESIDUAL. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO QUANDO CONHECIDO O LOCAL DA INFRAÇÃO. VIABILIDADE DE RATIFICAÇÃO DOS ATOS PELO JUÍZO COMPETENTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

**5. Não se mostra consentânea com o direito processual moderno a anulação do processo desde o oferecimento da denúncia, porquanto os atos praticados pelo juízo incompetente, inclusive os decisórios, são ratificáveis no juízo competente.**

6. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para reconhecer a incompetência do Juízo de Direito da Comarca de Vera/MT, determinando a remessa dos autos da ação penal originária ao Juízo da Comarca de Feliz Natal/MT, que poderá, como entender, ratificar ou não os atos já praticados.

(HC n. 507134/MT, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/8/2019, DJe de 13/8/2019.) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6443**).

**Ementa:** AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. RECONHECIMENTO. ATOS DECISÓRIOS. RATIFICAÇÃO PELO JUÍZO COMPETENTE. POSSIBILIDADE. AGRAVO RÊGIMENTAL DESPROVIDO.

**1. No caso de reconhecimento de incompetência, ainda que absoluta, é possível ao Juízo competente ratificar os atos decisórios praticados pelo órgão incompetente, inclusive o recebimento da denúncia.**

Precedentes do STJ e do STF.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.520.223/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 15/9/2020, DJe de 29/9/2020.) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6444**).

**Ementa:** HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ENVOLVIMENTO COM ESTRUTURADA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NECESSIDADE DE SE INTERROMPER AS ATIVIDADES ILÍCITAS. DESPROPORÇÃO ENTRE A PRISÃO CAUTELAR E PENA DECORRENTE DE EVENTUAL CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA, NO CASO. MEDIDA DECRETADA POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. RATIFICAÇÃO POSTERIOR PELO JUÍZO COMPETENTE. POSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

[...]

**6. Consoante a firme jurisprudência assentada pelo Superior Tribunal de Justiça, o reconhecimento da incompetência do Juízo não acarreta, por si só, a nulidade da decisão que decretou a prisão preventiva do acusado, pois o Juízo competente, ao receber o feito, pode ratificar a referida decisão, o que efetivamente ocorreu na hipótese.**

7. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC n. 617.485/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 3/8/2021, DJe de 18/8/2021.) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6445**).

**Nosso comentário:** O juiz natural é garantia constitucionalmente prevista (art. 5º, XXXVII), a qual é aplicável ao processo civil, administrativo e penal, sendo especial para o último, tendo em vista as possíveis consequências dele provenientes. Como leciona o Professor Gustavo Badaró, além da conexão do termo “juiz natural” com a reserva de lei (a qual fixará previamente os competentes para processar e julgar determinada causa), “[o] juiz natural seria o juiz mais versado sobre a matéria objeto do processo e, portanto, mais idôneo a conhecê-la” (BADARÓ, Gustavo. *O juiz natural no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, item 2.9). Tal ponto tem especial enfoque se considerada a repartição de competências por matéria feita pela própria Constituição — e a validade dos atos praticados por um juiz absolutamente incompetente.

Desde a década de 1990, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que, sendo o caso de juiz absolutamente incompetente, os atos decisórios seriam nulos, de forma que a possibilidade de ratificação seria reservada apenas aos atos não decisórios. Todavia, em 2003, o Pretório Excelso proferiu julgamento (HC 83.006, Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, p. 29/08/2003) afirmando que, mesmo no caso de incompetência absoluta, seria possível ao juiz competente ratificar até mesmo os atos decisórios. Tal posicionamento foi até o presente momento mantido — sendo resguardada ao juiz competente e receptor da causa a possibilidade de julgar quais os atos (decisórios ou não decisórios) deveriam ser ratificados.

O Superior Tribunal de Justiça compartilha do mesmo entendimento do STF. Seu acréscimo na matéria se refere à inclusão do “princípio do aproveitamento dos atos processuais”, característico do Direito Processual Civil, à esfera processual penal. Assim, mesmo que diante de atos decisórios praticados por juízo absolutamente incompetente, caberá à autoridade competente ratificar os atos para torná-los utilizáveis.

## APLICAÇÃO DA TEORIA DO JUÍZO APARENTE

### Supremo Tribunal Federal

**Ementa:** HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CONHECIMENTO. OPERAÇÃO POLICIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS. CABIMENTO. COMPLEXIDADE DA INVESTIGAÇÃO. DEFERIMENTO DE MEDIDA INVESTIGATIVA. POSTERIOR DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA. VALIDADE. JUÍZO APARENTE. INOVAÇÃO ARGUMENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME. RISCO DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

[...]

3. Segundo a teoria do juízo aparente, não há nulidade na medida investigativa deferida por magistrado que, posteriormente, vem a declinar da competência por motivo superveniente e desconhecido à época da autorização judicial.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido, revogando-se a liminar anteriormente deferida.

(HC 120027, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 24/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 17-02-2016 PUBLIC 18-02-2016) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6446**).

### Superior Tribunal de Justiça

**Ementa:** RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. RECEPÇÃO QUALIFICADA E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA POR JUÍZO DECLARADO, POSTERIORMENTE, INCOMPETENTE. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO EXPRESSA DA PRISÃO PREVENTIVA PELO JUÍZO COMPETENTE.

DESNECESSIDADE. RATIFICAÇÃO IMPLÍCITA. ADMISSIBILIDADE. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. PLEITO NÃO ANALISADO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE, E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO.

**1. A conversão da prisão em flagrante em preventiva, bem como a sua manutenção, poderá ocorrer perante o juízo aparente, ou seja, aquele que, diante das informações coletadas até o momento, aparenta ser o competente para a ação penal, razão pela qual, ainda que constatado, posteriormente, a sua incompetência para o processo e julgamento da causa, não restará invalidado, automaticamente, o decreto prisional.**

**2. Constatada a incompetência do juízo, os autos devem ser remetidos ao Juízo competente, que pode ratificar ou não os atos já praticados. Por outro lado, a ratificação dos atos praticados pelo Juízo incompetente pode ser implícita, ou seja, por meio da prática de atos que impliquem a conclusão de que o Magistrado validou os referidos atos. Precedentes.**

3. Na espécie, o ato do Juízo competente, de receber a denúncia, determinar a citação dos acusados para oferecimento da resposta à acusação e a prestação de informações quanto à custódia processual do recorrente, deve ser considerado como ratificação implícita da prisão preventiva, inexistindo o apontado constrangimento ilegal. Precedentes.

[...]

5. Recurso ordinário conhecido em parte, e, na parte conhecida, improvido.

(RHC n. 79.598/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/4/2017, DJe de 28/4/2017.) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6447**).

**Ementa:** PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO ANTISSEPSIA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA INICIAL ACUSATÓRIA. ELEMENTOS INFORMATIVOS COLHIDOS POR AUTORIDADE POLICIAL ESTADUAL. DENÚNCIA OFERECIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. INCIDÊNCIA DA TEORIA DO JUÍZO APARENTE. PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO. CONTRADITÓRIO DIFERIDO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Busca-se no presente recurso em habeas corpus o reconhecimento da nulidade da denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal ao fundamento de que estaria "lastreada de elementos tomados por autoridade incompetente". **O Juízo de Primeiro Grau afastou a alegação de nulidade da inicial acusatória com esteio na Teoria do Juízo Aparente bem como ao fundamento de ausência de contaminação da ação penal com supostos vícios ocorridos durante a investigação criminal. Tais fundamentos foram reputados idôneos pelo Tribunal a quo.**

**2. Nesta Corte Superior de Justiça é pacífica a aplicabilidade da Teoria do Juízo Aparente para ratificar medidas cautelares no curso do inquérito policial quando autorizadas por Juízo aparentemente competente. No caso dos autos, sequer se faz menção a atos praticados por autoridade judicial incompetente em razão da matéria, mas tão somente se imputa nula a denúncia fundada em elementos informativos colhidos pela investigação de policiais civis estaduais anteriormente à identificação de verbas federais, que levou o deslocamento da competência para a Justiça Federal. Nesse contexto, atos meramente investigatórios praticados pela polícia civil estadual antes do reconhecimento do interesse da União podem ser aproveitados. Uma vez admitida a Teoria do Juízo Aparente para o aproveitamento de atos decisórios emanados por autoridade judicial que à época era tida por competente, com maior razão podem ser ratificados atos meramente investigatórios praticados no curso de inquérito.**

3. Ademais, considerada a natureza jurídica do inquérito policial de procedimento investigatório inquisitivo, não se identifica violação à ampla defesa, porquanto eventuais máculas porventura existentes no inquérito não se comunicam para a ação penal, na qual será exercido o contraditório perante a autoridade judicial competente, conforme preceitua o devido processo legal. Precedentes.

4. Recurso ao qual se nega provimento.

(RHC n. 122.565/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 25/8/2020, DJe de 31/8/2020.) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6448**).

**Ementa:** AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO. POSTERIOR VERIFICAÇÃO DE VERBA DO FNDE - FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DO JUÍZO APARENTE. ATOS ANTERIORES RATIFICADOS.

[...]

**3. Somente depois do avanço das investigações, concluiu-se que parte significativa dos recursos desviados era oriundo de repasses do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, pelo que correto o entendimento no sentido de admitir a aplicação da teoria do juízo aparente para ratificar os atos decisórios proferidos por juízo aparentemente competente, posteriormente declarado incompetente.**

**4. Além disso, a jurisprudência desta Corte é no sentido de preservação dos atos processuais, ainda que se trate de nulidade absoluta, diante da possibilidade de ratificação dos atos pelo Juízo competente, ou seja, a modificação da competência não invalida automaticamente os atos instrutórios já praticados. Precedentes.**

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no RHC n. 163.888/SC, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 11/10/2022, DJe de 17/10/2022.) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6449**).

**Ementa:** AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO ALCATRAZ. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. LAVAGEM DE CAPITAIS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. AGENTE QUE COMEÇOU A SER INVESTIGADO QUANDO AINDA EXERCIA O CARGO DE CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ANULAÇÃO DAS PROVAS ILEGÍTIMAS PRODUZIDAS SOB A SUPERVISÃO DE JUÍZO INCOMPETENTE. DETERMINAÇÃO DO REEXAME DE JUSTA CAUSA PARA O PROSSEGUIMENTO DA PERSECUÇÃO PENAL A PARTIR DE PROVAS ABSOLUTAMENTE AUTÔNOMAS. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. Em análise detida dos autos, patente que desde o início da Operação Alcatraz - começo do ano de 2017 - o agravante era citado como um dos beneficiários do suposto esquema de corrupção existente no âmbito da administração do Estado de Santa Catarina e, de fato, era investigado anteriormente à sua aposentadoria como conselheiro do Tribunal de Contas daquele Estado.

**2. Tal afirmação tem como elementos concretos: (a) a denúncia formal perante a autoridade fiscal, compartilhada com o Ministério Público e que dá fundamento à abertura do respectivo inquérito policial, indicando concretamente o agravante - conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina - como destinatário de valores; (b) o deferimento da quebra de sigilo da irmã do agravante, em setembro de 2017, quando este ainda atuava na Corte de Contas; (c) a imediata inclusão do agravante, logo após sua aposentadoria em novembro de 2017, como investigado e o deferimento de medidas cautelares, sem fatos supervenientes, sob o fundamento de exercer "poder de comando" da organização criminosa.**

**3. Não há como convalidar investigação policial que, apesar de ter o objetivo de apurar graves delitos praticados contra a administração pública, deixa de observar a regra do foro por prerrogativa de função insculpida no art. 105, inciso I, alínea "a", da Constituição Federal.**

4. Precedentes deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que **determinam a nulidade das provas produzidas no processo investigativo**, exclusivamente com relação ao agravante.

5. Agravo regimental provido para **declarar a nulidade, por ilegitimidade, de todo material probatório, com determinação à autoridade judiciária que reexamine a existência de justa causa a partir de eventuais provas absolutamente autônomas.**

(AgRg no RHC n. 119.456/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 9/11/2021, DJe de 12/11/2021.) - (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6450**).

**Nosso comentário:** A Teoria do Juízo Aparente é aceita para garantir a validade de atos praticados por juízo incompetente quando, à época da prolação da decisão, a causa da incompetência não era manifesta (HC 186.286 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, k. 13/06/2022, p. 11/07/2022; HC 120.027, Red. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 24/11/2015, p. 18/02/2016; e reforçado no STJ: RHC 178.667 AgRg, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 29/5/2023, p. 2/6/2023).

Verifica-se que a referida teoria vem sendo utilizada como argumento também para garantir o aproveitamento de atos (decisórios e não decisórios) praticados por autoridades incompetentes. Todavia há limitações para sua aplicação caso evidente que as causas de incompetência já eram de conhecimento das autoridades persecutórias — restando demonstrada a afronta às regras legais e constitucionais de fixação de competência (RHC 119.456 AgRg, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. 09/11/2021, p. 12/11/2021).

## COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO

### Superior Tribunal de Justiça

**Ementa:** HABEAS CORPUS. SUPOSTO CRIME PRATICADO POR PREFEITO EM RAZÃO DO CARGO NO EXERCÍCIO DE MANDATO ANTERIOR. NÃO CARACTERIZADA ORDEM SEQUENCIAL E ININTERRUPTA DOS MANDATOS. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DE 1ª GRAU SEM ANULAÇÃO DE ATOS PROCESSUAIS. PRECEDENTES DESTES STJ E DO STF. HABEAS CORPUS CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

V - Conforme recente entendimento deste Tribunal Superior “Não se mostra consentânea com o direito processual moderno a anulação do processo desde o oferecimento da denúncia, porquanto os atos praticados pelo juízo incompetente, inclusive os decisórios, são ratificáveis no juízo competente” (HC n. 507134/MT, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 13/08/2019).

VI - **A jurisprudência, hoje, é uníssona ao exigir a comprovação de efetivo prejuízo para a anulação de atos processuais, tanto nas hipóteses de incompetência relativa quanto nas de absoluta.** Vejamos: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior é uníssona no sentido de que, tanto nos casos de nulidade relativa quanto nos casos de nulidade absoluta, o reconhecimento de vício que enseje a anulação de ato processual exige a efetiva demonstração de prejuízo ao acusado, o que não ocorreu na espécie” (HC n. 490.478/RJ, Sexta Turma, Rel.ª Min.ª. Laurita Vaz, DJe de 10/04/2019).

Habeas corpus conhecido. Ordem parcialmente concedida para encaminhar os autos ao 1º Grau para regular processamento e julgamento, com a possibilidade de o d. Juízo a quo ratificar todos os atos até então praticados, inclusive, o de recebimento da denúncia.

(HC n. 539.002/SP, relator Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 21/11/2019, DJe de 28/11/2019.) - (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6451**).

**Ementa:** PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA, FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO E FRAUDE A LICITAÇÃO. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTADUAL. RECONHECIMENTO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DOS ATOS DECISÓRIOS, DESDE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. REMESSA PARA O JUÍZO FEDERAL. DENÚNCIA ANTERIORMENTE OFERECIDA POR MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. RATIFICAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. POSSIBILIDADE. ABRANGÊNCIA DA ANTERIOR DECLARAÇÃO DE NULIDADE. APENAS “ATOS DECISÓRIOS”: NÃO INCLUSÃO DE CITAÇÕES OU QUAISQUER OUTROS ATOS SEM NATUREZA DECISÓRIA. LEGALIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 567 DO CPP. ALTERAÇÃO

DA LEI PROCESSUAL. INTEGRIDADE DOS ATOS NÃO ANULADOS. CONSERVAÇÃO. PRINCÍPIO DO APROVEITAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS. PLEITO DE NULIDADE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. “Reconhecida a incompetência do juízo para processar o feito, não há qualquer óbice à ratificação da denúncia pelo órgão ministerial atuante perante o juízo competente” (RHC 33.955/MT, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/5/2014, DJe 30/5/2014). Precedentes do STJ e do STF.

2. Em razão do princípio institucional da indivisibilidade do Ministério Público, previsto no art. 127, § 1º, da Constituição Federal, os membros do Parquet podem ser substituídos uns pelos outros no curso do mesmo processo, inclusive, no exercício de idêntica função, desde que, por óbvio, essas eventuais substituições não sejam arbitrárias ou, de algum outro modo, contrárias à lei. Precedente.

**3. No caso em exame, a determinação de anulação exarada por esta Corte, no julgamento do HC 97.457/PE, somente abarcou “atos decisórios”. Desse modo, citações ou quaisquer outros atos sem natureza decisória permaneceram íntegros, porquanto não contidos no objeto da mencionada decisão.**

[...]

5. Os atos processuais praticados por Juízo incompetente os quais, em momento posterior, tenham sido devidamente ratificados pelo Juízo declarado competente, mantêm-se válidos, ainda que, antes da ratificação, tenha havido alteração da lei processual. Precedente.

6. Consoante o disposto no art. 567 do Código de Processo Penal, apenas os “atos decisórios” praticados pelo Juízo incompetente são passíveis de anulação, preservando-se, tanto quanto possível, a colheita de provas e demais atos não decisórios. Precedentes.

7. A Terceira Seção do STJ, no julgamento do MS 14.181/DF, assentou a necessidade de, no âmbito do processo penal, observar-se o princípio do aproveitamento dos atos processuais, de modo a permitir a utilização, mediante ratificação, de atos processuais produzidos por Juízo incompetente.

**8. O reconhecimento de nulidade no curso do processo penal reclama efetiva demonstração de prejuízo, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o princípio pas de nullité sans grief, o que não se verifica na espécie. Precedentes do STJ e do STF.**

**9. No caso em exame, as instâncias ordinárias afirmaram que os “atos processuais que se deseja refazer foram feitos com rigor, nos termos da lei vigente. Não havendo qualquer prejuízo aos réus em não repeti-los”.**

**10. A comprovação do prejuízo é necessária, para o reconhecimento de nulidade, ainda que se alegue ofensa à “identidade física do juiz”. Precedentes.**

11. Recurso em habeas corpus desprovido.

(RHC n. 78.472/PE, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 7/12/2017, DJe de 15/12/2017.) - (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6452**).

**Nosso comentário:** Um último ponto que merece atenção no vasto tema da validade dos atos praticados por juízo incompetente diz respeito à aplicação do art. 563, CPP. Ou seja, nesta matéria, ainda que não se fale em possibilidade de ratificação dos atos pelo juízo competente, o Superior Tribunal de Justiça trouxe a necessidade de que é necessário comprovar o prejuízo previamente à declaração de nulidade.

Assim, verifica-se ser necessário que os envolvidos comprovem os prejuízos resultantes de a matéria ter sido processada e possivelmente julgada perante juízo incompetente. Caso contrário, o entendimento é pela não nulidade dos atos (decisórios e não decisórios).

Compilação e curadoria científica de: **Gessika Christiny Drakoulakis**

## DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: **Renato Stanzola Vieira**  
1.º Vice-Presidente: **Maria Carolina de Melo Amorim**  
2.º Vice-Presidente: **Vinicius de Souza Assumpção**  
1.ª Secretária: **Raquel Lima Scalcon**  
2.º Secretário: **Bruno Shimizu**  
3.ª Secretária: **Carina Quito**  
1.ª Tesoureira: **Camila Torres Cesar**  
2.º Tesoureiro: **Antonio Pedro Melchior**  
Diretoras Nacionais das Coord. Regionais e Estaduais:  
**Juliana Sanches Ramos**  
**Luanna Tomáz de Souza**  
**Fernanda Pascoal Valle Bueno de Castilho**



## CONSELHO CONSULTIVO

**Marina Pinhão Coelho Araújo**  
**André Nicolitt**  
**Ester Judite Rufino**  
**Felipe Cardoso Moreira de Oliveira**  
**Cleuence Aparecida Valentim Bastos Pitombo**  
**Marcos Alexandre Coelho Zilli**

## OUIDORA

**Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado**

**BOLETIM IBCCRIM** - ISSN 1676-3661

**CONSELHO EDITORIAL:** Ana Elisa Liberatore Silva Bechara (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP), Aury Lopes Jr. (Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCRS - Porto Alegre/RS), Juarez Cirino dos Santos (Universidade Federal do Paraná - UFPR - Curitiba/PR), Sérgio Salomão Shecaira (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP), Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires/Argentina), Vera Malaguti Batista (Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ - Rio de Janeiro/RJ) e Vera Regina Pereira de Andrade (Universidade Federal do Paraná - UFPR - Curitiba/PR).

**EDITOR-CHEFE:** Fernando Gardinali.

**EDITORES/AS ASSISTENTES:** Andrey Borges, Gessika Christiny Drakoulakis e Maíra Beauchamp Salomi.

**EDITORES EXECUTIVOS:** Helen Christo e Willians Meneses.

**ESTAGIÁRIA:** Leidiane de Souza Cruz.

**EXPEDIENTE EDITORIAL:** IBCCRIM

**CORPO DE PARECERISTAS DESTA VOLUME:** André Grandis Guimaraes (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUCRJ - Rio de Janeiro/RJ), Bianca Jandussi Walther de A. C. Guedes (Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro/RJ), Cristiano de Barros Santos Silva (Instituto Presbiteriano Mackenzie - Mackenzie - São Paulo/SP), Diogo Abineder Ferreira Nolasco Pereira (Faculdade Doctum de Manhuaçu - DOCTUM - Manhuaçu/MG), Fernanda Caroline Alves de Mattos (Universidade Tiradentes - UNIT - Aracaju/SE), Guilherme Siqueira Vieira (Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR - Curitiba/PR), Hélio Peixoto Junior (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP), José Manuel de Sacadura Rocha (Instituto Presbiteriano Mackenzie - Mackenzie - São Paulo/SP), Laura Gigante Albuquerque (Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter - Porto Alegre/RS), Matheus Hatschbach Machado (Universidade Federal do Paraná - UFPR - Curitiba/PR), Matheus Tauan Volpi (Universidade Paulista - UNIP - São José do Rio Preto/SP), Núbio Pinhon Mendes Parreiras (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUCMG - Belo Horizonte/MG), Pablo Rodrigo Alfien da Silva (Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS - Porto Alegre/RS), Pedro Guilherme Borato (Universidade Anhembi Morumbi - UAM - São Paulo/SP), Rafael Junior Soares (Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR - Curitiba/PR), Régia Mabel da Silva Freitas (Centro Universitário UniRuy - UNIRUY - Salvador/BA), Renata Saggioro Davis (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUCRJ - Rio de Janeiro/RJ), Sophia Alvarez Amaral Melo Bueno (Universidade Católica de Santos - UNISANTOS - Santos/SP), Thais Bonato Gomes (Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC - Florianópolis/SC), Tuanny Soeiro Sousa (Centro Universitário Dom Bosco - UNDB - São Luís/MA), Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa (Faculdade Curitiba - FAC - Curitiba/PR), Warley Rodrigues Belo (Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG - Belo Horizonte/MG) e William de Quadros da Silva (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS - Porto Alegre/RS).

**AUTORES(AS) DESTA VOLUME:** Andréa Cristina D'angelo (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP), Caio Henrique Godoy da Costa (Universidade de Viena / Áustria), Chiavelli Fazenda Falavigno (Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC - Florianópolis/SC), Claudia Cristina Barrilari (Escola Paulista de Direito - EPD - São Paulo/SP), Diego da Rosa dos Santos (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS - Porto Alegre/RS), Emília Merlini Giuliani (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS - Porto Alegre/RS), Fernanda Regina Vilares (Fundação Getúlio Vargas - FGV - São Paulo/SP), Jéssica Veleda Quevedo (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS - Porto Alegre/RS), Leandro Sarcedo (Universidade de Santo Amaro - UNISA - São Paulo/SP), Leonardo Massud (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP - São Paulo/SP), Paulo José dos Reis Pereira (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP - São Paulo/SP), Pedro Luiz Bueno de Andrade (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP), Renato Losinskas Hachul (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP - São Paulo/SP) e Ronaldo Bezerra dos Santos (Universidade de Cuiabá - UNIC - Rondonópolis/MT).

**CAPA E PRODUÇÃO GRÁFICA:** Able Digital | Tel.: (11) 97426-3650 | E-mail: contato@abledigital.com.br

**REVISÃO:** Ctrl K Diagramação, Editoração e Edição de Textos | E-mail: digite@ctrlk.com.br

**IMPRESSÃO:** Eskenazi Indústria Gráfica | Tel.: (11) 98424-0654

## BASES DE DADOS INDEXADAS:



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

## ENDEREÇO DO IBCCRIM:

Rua Onze de Agosto, nº 52, 2º andar, CEP 01018-010, S. Paulo/SP, Brasil. Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave) - www.ibccrim.org.br

# 29

23 a 25  
de agosto

## Seminário Internacional de Ciências Criminais

Desde 1994, o maior evento de Ciências Criminais da América Latina promove ações e debates amplos, plurais e democráticos sobre temas relevantes e atuais.

O evento oferece a possibilidade de inscrições individuais e coletivas para instituições públicas por meio de empenho, além de algumas opções de patrocínio.

**Saiba mais entrando em contato:**

(11) 9 4327-8374

[atendimento@ibccrim.org.br](mailto:atendimento@ibccrim.org.br)

**[SEMINARIO29.IBCCRIM.ORG.BR](http://SEMINARIO29.IBCCRIM.ORG.BR)**

