

BOLETIM

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



ANO 28 - Nº 329 - ABRIL/2020

DIREITO PENAL ECONÔMICO E COMPLIANCE

CADERNO DE DOCTRINA

4 Criminalidade empresarial e *compliance*
Débora Motta Cardoso

5 O *habeas corpus* e a máxima efetividade
Rafael B. Yamamura e Mario Eduardo B. Spexoto

8 Impedimento e instância
Lucas A. da Veiga, Rogério M. Seguins Jr. e
Maurício V. Campos Araújo

11 Inconvencionalidade parcial do sistema
recursal no júri
Thales Alessandro Dias Pereira

15 A flexibilização das normas processuais
Guilherme M. de Castilhos, Aline P. de Souza M.
de Castilhos e Amanda M. de Magalhães

17 A tipificação da infidelidade patrimonial
Gustavo Alves Magalhães

19 A educação a distância como mecanismo
de concretização
Patrícia de P. Q. Bonato e Júlia P. de Castro

21 A Delação premiada como um cavalo de tróia
do *plea bargaining*: uma sumária análise dos
riscos inerentes às traduções jurídicas
Luiz Antonio Inocente Israel

24 O Superior Tribunal de Justiça e os
precedentes vinculantes
Marcio Evangelista Ferreira da Silva

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

29 O reconhecimento da violência de gênero
no Caso das mulheres vítimas de tortura
sexual em *Atenco Vs. México*
Alice Marie Freire Gaudiot

31 Supremo Tribunal Federal

33 Superior Tribunal de Justiça

CADERNO DE DOCTRINA

4. **Criminalidade empresarial e *compliance*: os criminalistas e o seu novo papel de gerenciamento de riscos**
Débora Motta Cardoso
5. **O habeas corpus e a máxima efetividade conferida pelos tribunais superiores**
Rafael Bessa Yamamura e Mario Eduardo Bernardes Spexoto
8. **Impedimento e instância: uma necessária releitura do artigo 252, inciso III do Código de Processo Penal**
Lucas Andreucci da Veiga, Rogério Martins Seguins Júnior e Maurício Vasques de Campos Araújo
11. **Inconvencionalidade parcial do sistema recursal no júri: a manifesta contrariedade à prova dos autos e a CADH**
Thales Alessandro Dias Pereira
15. **A flexibilização das normas processuais em nome da celeridade – a audiência por WhatsApp**
Guilherme Machado de Castilhos, Aline Pires de Souza Machado de Castilhos e Amanda Medeiros de Magalhães
17. **A tipificação da infidelidade patrimonial e seus reflexos sobre a governança corporativa**
Gustavo Alves Magalhães
19. **A educação a distância como mecanismo de concretização do direito à educação prisional**
Patrícia de Paula Queiroz Bonato e Júlia Pupin de Castro
21. **A Delação premiada como um cavalo de tróia do plea bargaining: uma sumária análise dos riscos inerentes às traduções jurídicas**
Luiz Antonio Inocente Israel
24. **O Superior Tribunal de Justiça e os precedentes vinculantes no Direito Penal e Processual Penal**
Marcio Evangelista Ferreira da Silva

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

29. **O reconhecimento da violência de gênero no Caso das mulheres vítimas de tortura sexual em Atenco Vs. México**
Alice Marie Freire Gaudiot
31. **Supremo Tribunal Federal**
33. **Superior Tribunal de Justiça**

COMPLIANCE: REMÉDIO OU VENENO

Recebido com acertado ceticismo no âmbito das ciências criminais, o *compliance* vem se ajustando ao ambiente jurídico de diversas formas, ensejando importantes reflexões na preservação das garantias individuais. Inicialmente usado como remédio, por exemplo, em acordos de leniência para extirpar das empresas práticas nocivas, transmuta-se rapidamente em veneno quando antecipa culpas, investiga sem procedimento devido, remunera colaboradores, pune-se por comunicados anônimos.

Em atenção à sua missão institucional e atento aos pontos de viragem que a prática acrítica do *compliance* pode ensejar, o IBCCRIM realiza a segunda edição do Curso Internacional de *Compliance* em parceria com o Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Universidade de Coimbra a partir de maio próximo.

A necessidade – de ordem global – de se pensar em uma estrutura que conjugue esforços de diferentes ordens para o combate à corrupção, praga que contamina as transações comerciais, as relações políticas e os negócios corporativos em escala global, abriu-se espaço para um processo de internacionalização das normativas, para que os Estados pudessem enfrentar os novos desafios de uma sociedade globalizada. Da corrupção para outros desvios, pouco a pouco, foi crescendo o espaço de autonomia conferido às empresas para que, por si próprias, passassem a assumir a missão de atuar e gerir seus negócios dentro de padrões legais e éticos.

Nesse contexto, a contribuição dos professores da Universidade de Coimbra tem o importante papel de fornecer subsídios aos alunos para a compreensão do tema sob ótica transnacional e, a partir do conhecimento dos fundamentos do sistema europeu, relacioná-lo com o modelo que vem sendo adotado pela legislação nacional e sua aplicação no âmbito corporativo.

O estudo da *compliance* e de sua relação com a governança corporativa e a ética empresarial, bem como o conhecimento dos modelos de responsabilidade da pessoa jurídica, formam um contexto que estimula a empresa a respeitar a lei e a assumir um papel ativo nesse sentido, seja por meio de sua regulação interna ou de seus mecanismos de governança.

Além disso, é preciso lembrar que os programas de *compliance* tem destacada importância em relação à responsabilidade individual dos dirigentes, dos gestores, dos *compliance officers*, bem como daqueles que ocupam posições destacadas no âmbito empresarial.

A culpabilidade dos dirigentes e administradores é relacionada com o dever de diligência e probidade com que devem gerir a direção e administração da corporação. O dever de diligência abarca o dever de vigilância, cuja inobservância é que pode dar origem à omissão imprópria que, em matéria penal, autoriza a imputação quando um fato ilícito é praticado por um funcionário da empresa com responsabilidade de vigilância. Essa responsabilidade está relacionada, portanto, com uma série de obrigações que envolvem a escolha de funcionários capacitados para o desempenho da função atribuída e o devido poder de ação e controle sobre a regularidade das transações no negócio.

Em relação à lavagem de dinheiro, cada vez mais o *compliance* integra a estrutura normativa de forte controle na circulação de ativos pelo sistema financeiro como forma preventiva de combate aos crimes de lavagem de dinheiro no país. Dando continuidade a compromissos internacionais assumidos, o Brasil reformou a Lei de Lavagem de Dinheiro em 2012, expandindo o rol de pessoas físicas e jurídicas de diversos setores econômico-financeiros obrigadas ao cumprimento de determinações específicas previstas na lei. Mercados diversos como o imobiliário, o de bens de luxo, o agrário, o esportivo entre outros passaram a ter que se preocupar com a prevenção à lavagem de dinheiro (PLD). As recentes normas de PLD do BACEN e da CVM dão destaque à avaliação de riscos internos e de efetividade das empresas, além de poderem se basear nos relatórios de perfil e de conformidade, respectivamente, já requeridos pela CGU no contexto de acordos de leniência.

Há dois anos, quando foi realizada a primeira edição do curso, os programas de integridade ou de conformidade davam seus primeiros passos entre nós, inseridos no cenário nacional pela Lei Anticorrupção e os decretos que a sucederam. Contudo, no presente momento, novas regulações, como as mencionadas, tem o efeito positivo de aproximar as práticas anticorrupções e a PLD. Desse modo, o mercado passa a exigir cada vez mais um profissional de *compliance* que alie um olhar entusiasta sob a ótica de uma importante ferramenta para difundir ética nas empresas ao conhecimento técnico jurídico suficiente para dar efetividade ao *compliance*, pondo em destaque sua função de prevenir ou mitigar riscos, de maneira a reduzir a exposição do administrador de empresas aos efeitos nocivos da corrupção, sem envenenar as práticas empresariais com procedimentos que violem as garantias individuais de todos os envolvidos.

CRIMINALIDADE EMPRESARIAL E COMPLIANCE: OS CRIMINALISTAS E O SEU NOVO PAPEL DE GERENCIAMENTO DE RISCOS

CORPORATE CRIME AND COMPLIANCE: CRIMINAL LAWYERS AND THE NEW ROLE OF RISK MANAGEMENT

Débora Motta Cardoso

Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo.
Professora no Curso de Especialização em *Compliance* da PUC/COGAE.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3188-8535>

RESUMO

O presente artigo analisa brevemente as novas possibilidades de atuação do advogado criminalista no cenário empresarial, levando-se em conta os mecanismos de controle impostos pelo *compliance*. Para tanto, ele diferencia *compliance*, de *criminal compliance*, apresentando o ponto de intersecção do instituto com o direito penal. Conclui-se que no ambiente corporativo, as regras de cumprimento normativo possibilitam ao advogado assumir o papel de preservação da reputação da empresa e de seus gestores, na prevenção de crimes e no mapeamento de riscos, ultrapassando-se a ideia clássica de defesa criminal.

Palavras chave: Criminal *Compliance*. Crimes empresariais e lavagem de dinheiro. Gerenciamento de riscos. Direito penal.

ABSTRACT

This article briefly analyzes the new possibilities for the criminal lawyer in the business scenario, considering the control mechanisms imposed by *compliance*. To this end, it differentiates *compliance* from *criminal compliance*, presenting the point of intersection of the institute with criminal law. It is concluded that in the corporate environment, the rules of regulatory *compliance* enable the lawyer to assume the role of preserving the reputation of the company and managers, in preventing crimes and *compliance* risks assessments going beyond the classic idea of criminal defense.

Keywords: Criminal Compliance. Corporate crimes and money laundering. Risk management. Criminal law.

É indiscutível a relevância jurídico-penal que o *compliance* adquiriu nos últimos anos, muito embora não se desconheça que instrumentos de controle das atividades empresariais já existem há décadas. Em verdade, trata-se de leituras distintas de um mesmo conceito, que vem se modificando na toada das demandas socioeconômicas.¹ De tal sorte, enquanto o alcance do termo no ambiente empresarial relaciona-se com a certificação de que as atividades rotineiras desempenhadas pelos colaboradores e gestores, *tone from the top*, estão em conformidade com a legalidade em seu sentido amplo, vale dizer, atendem desde as obrigações procedentes da lei até as diretrizes internas, em especial o código de conduta corporativa, no cenário jurídico-penal, ele guarda afinidade direta com a imposição de sanções aos autores de crime, notadamente, àqueles que descumprem seus deveres de garante.²

O *compliance* disseminado ao longo dos anos no ambiente corporativo tem sido aplicado rotineiramente nas empresas e se manifesta em programas permanentes de incentivos à prática de condutas éticas em conformidade com o direito e a consequente punição daqueles que as descumprem; em canais de denúncia para que os desvios de condutas possam ser relatados, inclusive de forma anônima; em ferramentas que buscam melhorias operacionais no monitoramento das atividades diárias; como também, em controles internos e auditorias que visam detectar as condutas praticadas em desconformidade com as normas legais e regulamentares, em conjunto com a adoção de medidas preventivas de cometimento

de novas irregularidades. Ocorre, entretanto, que todas essas construções têm passado, em uma medida ou em outra, a orbitar em torno de mecanismos de prevenção à criminalidade empresarial, fomentando o surgimento de um novo mercado.³

Avaliando, grosso modo, a motivação para o alargamento do conceito, originariamente comprometido em assegurar transparência e confiabilidade no mundo dos negócios, através da adoção de ações passíveis de garantir segurança aos *stakeholders*⁴ e estabilidade econômica⁵ para o chamado *compliance* criminal, desponta como causa o incremento da criminalidade empresarial.

Neste cenário, um dos maiores desafios para o enfrentamento deste tipo de crime,⁶ que é praticado no âmbito corporativo, se encontra na delimitação de critérios para imputação da responsabilidade penal dos membros da empresa, já que as teorias tradicionais para imputação de autoria e participação não respondem adequadamente ao problema, em razão das peculiaridades das organizações empresariais, especialmente daquelas mais complexas. Com isso, na prática, o que se tem notado em situações concretas nas quais várias pessoas se veem envolvidas em uma mesma decisão são barreiras à persecução penal complexas de serem ultrapassadas, sendo forçoso reconhecer as dificuldades em se identificar o agente diretamente envolvido com a conduta criminosa, sobretudo se a decisão em questão tiver sido tomada por um órgão colegiado, ou ainda, se o comando decisório, antes de ser validado, tenha percorrido uma longa linha de hierarquia funcional. O lado perverso

disso, que pode ser facilmente constatado em uma breve consulta jurisprudencial é que, muito embora a responsabilidade objetiva seja vedada em direito penal, a responsabilidade pela posição tem sido suficiente para imputar autoria delitiva, causando de forma quase automática a indisciplinada persecução penal em face de sócios, gestores e *compliance officers*, gerando consequentemente prejuízos reputacionais às empresas e aos seus representantes.⁷

Como se não bastasse, as recentes atividades jurisdicionais das cortes superiores têm demonstrado que o descumprimento dos deveres de *compliance* criminal vão muito além de sanções meramente administrativas, e a responsabilidade criminal vem sendo reconhecida com base na omissão de dever, a exemplo do que ocorreu no julgamento da Ação Penal 470, no qual a condenação pelo delito de lavagem de dinheiro de dirigentes do chamado núcleo financeiro baseou-se em mero descumprimento de obrigações de caráter administrativo.⁸ Neste ponto, ainda que se possa argumentar que se trata de um movimento global, que busca responsabilizar de forma mais eficiente os crimes empresariais, é possível conjecturar

que um maior número de condenações contrárias ao direito ocorra, visto a ampliação do espectro sancionatório e o significado punitivista nele contido.

Enfim, a realidade econômica contemporânea e os consequentes avanços na cultura de *compliance* trouxeram significativas mudanças ao cenário jurídico, provocando os criminalistas a reinventarem suas formas de interação com as organizações empresariais. Pelo que se nota, o ambiente corporativo demanda uma advocacia preventiva de gerenciamento de riscos, vale dizer, de identificação sistemática e contínua dos perigos criminais em potencial, associado aos danos e perdas que a empresa pode sofrer em decorrência do *non-compliance*.⁹ Com isso, temos por certo que este tipo de prestação de serviços ultrapassa a clássica ideia de defesa criminal para assumir um papel de planejamento societário associado à administração de riscos. Ou seja, ao papel até então desempenhado pelo advogado criminalista, foi somada a importante função de preservar a reputação da empresa e de seus gestores e prevenir a prática de crimes no ambiente empresarial.

NOTAS

¹ Ver, a esse respeito: NIETO MARTÍN, Adam. O cumprimento normativo. In: *Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanc : São Paulo, 2019.

² Sobre o tema, ver: CARDOSO, Débora Motta. *Criminal Compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. São Paulo: LiberArs, 2015. Como abordado por Cardoso, a atribuição da autoria delitiva em razão da omissão nos deveres de garantia é uma temática complexa, que muitas vezes leva a afirmação equivocada de que o *compliance officer* é sempre garantidor. Importante destacar que não se trata disso, pois a posição por ele desempenhada é composta por diversas atividades, que variam muito de empresa para empresa. Assim, é perfeitamente possível que o *compliance officer* não assuma contratualmente o dever de evitar a prática de crimes relacionados à atuação empresária ou tampouco seja ele o garantidor de fato. Em muitos casos, a sua atuação fica limitada a obrigação de avaliar os riscos e sugerir medidas de prevenção.

³ As exigências legais decorrentes do *compliance* fomentaram a criação de um novo mercado, no qual estão compreendidos desde serviços como consultorias sobre a criação e implantação de programas de conformidade, palestras e treinamentos de funcionários, até a instalação e manutenção de sofisticados softwares para o monitoramento e identificação de operações suspeitas. Em razão dessa demanda e especialmente pelo temor causado em relação às consequências criminais decorrentes do "não estar em *compliance*", uma nova indústria surgiu: a indústria do *compliance*. Neste sentido, ver: VERHAGE, Antoinette. Compliance and AML in Belgium: a booming sector with growing pains. *Journal of Money Laundering Control*, v. 12, n. 2, p. 3, 2009.

⁴ *Stakeholders* é o termo que define as partes, pessoas físicas ou jurídicas interessadas na atividade de uma organização em razão de afetarem ou serem afetadas por essa atividade. São *stakeholders* os proprietários, funcionários, gestores, colaboradores, fornecedores, clientes, acionistas, entre outros.

⁵ "Entre muchas cosas, há quedado palmariamente demostrado que los mercados financieros de hoy presentan riesgos potenciales muy graves para todas las economías nacionales, así como para todo el sistema económico mundial. Y es que lo que comenzó inicialmente como simples temblores en el mercado hipotecario de alto riesgo de los Estados Unidos, em cuestión de meses se convirtió em uma crisis global em toda regla, que ha estado a punto de incapacitar totalmente el sistema financiero mundial (...)" BERINI, A. G. de L.; SILVA SANCHES, Jesús-María (dir.); FERNÁNDEZ, R. M. (coord.). *Autorregulación Empresarial, ordenamiento jurídico y derecho penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídico-penales al libre mercado y a la libertad de empresa*. In: *Criminalidad de empresa y compliance*. Barcelona : Atelier Libros Jurídicos, 2013.

⁶ Note-se que delitos corporativos são aqueles nos quais os aspectos estruturais típicos de uma empresa são verdadeiramente primordiais para sua ocorrência. Nesse sentido, ver: RIOS, R. S. Imputação penal à pessoa jurídica no âmbito dos delitos econômicos. In: PRADO, L. R.; DOTI, R. A. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 204.

⁷ "Nowadays, a good corporate reputation is one of the main business assets responsible of sustained financial outcomes (Roberts and Dowling, 2002). This strategic is due to its own value-creation capability, and to its intangible character, because it makes corporate reputation quite hard to imitate by competitors, allowing maintaining a superior position [...] Although the intangible nature is a key characteristic in order to grant its relevance, it also makes very hard to perform a conceptual delimitation characterization and measurement". CASTRO, G. M. de; LOPES, J. E. N.; SÁEZ, P. L. Business and Social Reputation: Exploring the Concept and Main of Main Dimensions of Corporate Reputation. *Journal of Business Ethics*, v. 63, p. 361, 2006.

⁸ Saad-Diniz, ao analisar o julgamento da Ação Penal 470, bem ilustra o posicionamento até então inédito do Supremo Tribunal Federal quanto à responsabilidade penal decorrente da omissão dos deveres de *compliance*: "Na AP 470, as incriminações dos dirigentes do 'núcleo financeiro' aplicaram a equiparação do art. 12 da antiga Lei 9.613/1998, admitindo a hipótese de lavagem e reconhecendo a relevância penal com base em mero descumprimento de obrigações de caráter administrativo. O sentido normativo atribuído à observância do dever de informar foi, de forma pouco convincente, delimitado com base na simples omissão de dever, com referência ao art. 12 da antiga Lei 9.613/1998. De forma indireta, o STF definiu também o sentido criminal dos programas de *compliance*, mas desde uma interpretação duvidosa, porque nem sempre o simples descumprimento significa a prática de um delito, assim como é possível cumprir os deveres e ainda assim realizar uma conduta típica de lavagem". SAAD-DINIZ, Eduardo. O modelo brasileiro de prevenção à lavagem de dinheiro: as repercussões da Ação Penal 470. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 242, jan./2013.

⁹ Discutindo o problema da criminalidade empresarial e do *compliance*, Saad-Diniz pondera que a mentalidade meramente repressora do direito penal tem sido substituída, gradativamente, pela ideia de prevenção às infrações econômicas. Ver: SAAD-DINIZ, E. A criminalidade empresarial e a cultura de *compliance*. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, dez. 2014. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/14317/10853>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

Autora convidada

O HABEAS CORPUS E A MÁXIMA EFETIVIDADE CONFERIDA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES

THE HABEAS CORPUS AND THE MAXIMUM EFFECTIVENESS RECOGNIZED BY HIGHER COURTS

Rafael Bessa Yamamura

Mestre em Direito pela USP. Defensor Público do Estado de São Paulo.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9057-0546>

rafa_bessa@yahoo.com.br

Mario Eduardo Bernardes Spexoto

Mestrando em Direito Penal pela PUCSP. Membro do Grupo de Estudos

Avançados Escolas Penais do IBCCRIM, em Ribeirão Preto. Defensor

Público do Estado de São Paulo.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3170-556X>

mariospexoto@gmail.com

RESUMO

Recentes decisões judiciais proferidas por tribunais superiores parecem indicar uma mudança de paradigma na instrumentalização do *Habeas Corpus*, o que tem permitido a ampliação de sua efetividade na proteção do direito fundamental à liberdade, servindo, assim, de contraponto à onda punitivista que insiste em abalar os princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Palavras chave: *Habeas Corpus* coletivo. Acesso à justiça.

ABSTRACT

Recent court rulings by higher courts seem to indicate a paradigm shift in the instrumentation of *Habeas Corpus*, which has allowed it to broaden its effectiveness in protecting the fundamental right to liberty, thereby counteracting the punitive wave that insists on undermining the principles inborn the democratic state of law.

Keywords: *Habeas Corpus* collective. Access to justice.

Após o julgamento do HC 143.641/SP pelo Supremo Tribunal Federal, uma nova concepção acerca da ampla efetividade do *Habeas Corpus* parece fazer parte do discurso jurídico nacional. Decisões judiciais subsequentes indicam que está se sedimentando o entendimento que considera admissível a instrumentalização do *Habeas Corpus* coletivo como mecanismo apto à proteção do direito fundamental à liberdade de um número amplo de indivíduos, determinados ou determináveis, que tenham sofrido ou estejam ameaçados de sofrer violação de direitos.

Aquele julgamento paradigmático tornou-se referência ao determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar ao coletivo de mulheres submetidas à prisão cautelar, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade, e de pessoas com deficiência sob sua responsabilidade, nos termos do art. 318, do CPP. De ofício, a ordem também alcançou todas as adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional.

Em momento anterior, no entanto, o próprio Supremo parecia caminhar em sentido contrário à admissibilidade do *writ* coletivo. O julgamento proferido pelo ministro Celso de Mello no HC 143.704/PR demonstra que as questões formais atreladas à liturgia processual ainda impediam a instrumentalização do *Habeas Corpus* coletivo. Com fundamento no art. 654, §1º, 'a' do Código de Processo Penal, que exige a identificação do nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer a violência ou a coação, assim se posicionou a Corte: "... e tendo em vista, notadamente, a jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal na matéria ora em exame, inclusive a de seu Egrégio Plenário, não conheço da presente ação de *'habeas corpus'*, restando prejudicada, em consequência, a análise do pedido de medida liminar".

Embora tenha sido fundamental à construção do pensamento que vem se firmando na Corte Suprema,¹ o julgamento do HC 143.641/SP não foi o primeiro a conceder ordem de *Habeas Corpus* coletivo no Brasil. É possível identificar em outras instâncias, julgados anteriores reconhecendo a extensão dos efeitos da coisa julgada a indivíduos determinados ou determináveis, ainda que o entendimento do STF apontasse para a inadmissibilidade.

Dentre essas referidas decisões, interessante mencionar aquela proferida pela 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, ao julgar o HC 0115880-26.2012.8.26.0000, concedeu a ordem para suspender todos os procedimentos criminais instaurados contra pessoas em situação de rua autuadas pela contravenção penal de vadiagem no município de Franca/SP, garantindo aos pacientes identificados o direito de ir, vir e permanecer em logradouros públicos, a qualquer hora do dia, reconhecendo ainda a inevitabilidade de se aplicar "a extensão

dos efeitos da presente ordem a outras pessoas que se encontrem na mesma situação, dada a sua indeterminação".

Por outro lado, a extensa repercussão da decisão proferida no HC 143.641/SP não se destacou apenas pelos efeitos próprios da coisa julgada de uma ação coletiva submetida à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, mas, principalmente, por ter rompido, em âmbito nacional, com a visão individualista do *Habeas Corpus* que, a despeito de raras exceções, predominava no cenário jurídico brasileiro.

O referido julgamento foi fundamental para que obstáculos processuais até então presentes fossem superados, tornando processualmente adequada a instrumentalização do *Habeas Corpus* em sua espécie coletiva. Decidiu-se, por exemplo, pela aplicação analógica da Lei nº 13.300/16, ao estabelecer que a legitimidade ativa para a propositura do *writ* coletivo deveria obedecer ao rol de legitimados à propositura do mandado de injunção coletivo. Também quanto aos efeitos da coisa julgada, a Corte Suprema entendeu pela aplicação da hipótese normativa pertencente ao microsistema de ações coletivas, prevista no art. 103, inc. III da Lei 8.078/90² que diz respeito à coisa julgada proferida em ações destinadas à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos.

A ampliação do espectro de proteção do direito fundamental à liberdade por meio do *Habeas Corpus* coletivo representa a superação da concepção individualista dos direitos, própria dos séculos XVIII e XIX, para incluí-lo na evolução já experimentada em âmbito processual civil quando da formação da teoria geral do processo coletivo que dinamizou o acesso à justiça no Brasil.³ A ideia de sociedade de massa,⁴ que já vinha orientando as inovações legislativas fomentadoras da construção do microsistema das ações coletivas no Brasil, passa a compor o discurso de legitimação do processo penal democrático e coletivo a partir do julgamento do HC 143.641/SP.

Reconhecer que a complexa sociedade hodierna é fruto de profundas transformações sociais e econômicas, e superar o olhar individualista na prestação jurisdicional contra ato de violência ou coação ilegal promovido em prejuízo do direito fundamental à liberdade, também foi tarefa do Superior Tribunal de Justiça. A preocupação com a celeridade processual, com a segurança jurídica e com a equidade das decisões também inspirou o julgamento do HC 495.378/SP na Corte de Justiça.

Recentemente, o Ministro Ribeiro Dantas, ao julgar o referido *Habeas Corpus* individual no STJ, conferiu efeito coletivo à sua decisão, ao determinar que a autoridade coatora de primeiro grau passasse a observar o resultado daquele julgamento "em todo o processo de execução do paciente e nos demais processos de execução criminal sob sua jurisdição, referentes a mesma matéria objeto do presente *writ*, respeitando a autoridade das decisões do STJ".

Nesse caso concreto, a impetrante havia requerido a concessão da ordem para que se reconhecesse a “ilegalidade da decisão que determinou a interrupção dos lapsos para progressão de regime e livramento condicional”, buscando “a elaboração de novo cálculo de pena, mantendo-se como data-base para o benefício da progressão de regime a última prisão e para fins de livramento condicional o início do cumprimento da pena”.

Ainda, requereu-se também que, caso fosse concedida a ordem de Habeas Corpus e “tendo em vista que o MM Juiz a quo (de 1º grau) tem proferido diversas decisões seguidas de interrupção do lapso no curso dos processos de execução criminal, referentes a mesma matéria objeto do presente writ, impondo à defesa sucessivos recursos e HCs acerca da mesma temática”, se determinasse expressamente que o juízo a quo passasse a observar o resultado do writ em todo o processo de execução do paciente.

Mas o referido julgamento foi além. Ao determinar que a autoridade coatora aplique o conteúdo da decisão proferida no caso específico do paciente, e também em todos os processos sob sua jurisdição, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a admissibilidade do Habeas Corpus coletivo no ordenamento jurídico brasileiro.

A peculiaridade que define a importância desse julgamento é o fato de ele ter sido proferido em Habeas Corpus impetrado em favor de um único paciente, individualizado nos termos do disposto no art. 654, §1º, ‘a’ do Código de Processo Penal, mas cuja eficácia para com a coisa julgada acabou por alcançar não apenas o paciente, mas todos os jurisdicionados daquela autoridade coatora que estivessem submetidos ao mesmo constrangimento ilegal.

Embora não tenha sido reconhecido expressamente, o Superior Tribunal de Justiça acabou por conferir interpretação distinta daquela conferida pelo Supremo no julgamento do HC 143.641/SP, tanto no que diz respeito à legitimidade ativa para a propositura do Habeas Corpus coletivo quanto aos efeitos da coisa julgada decorrentes do julgamento.

De fato, o Habeas Corpus 495.378/SP também foi impetrado por um dos legitimados para o mandado de injunção, nos termos do art. 12, inc. IV da Lei 13.300/16, no caso, pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo. No entanto, há que se destacar que a ordem foi impetrada em favor de um único paciente, individualmente identificado quando da impetração, e não em favor de uma coletividade de indivíduos, ainda que determinados ou determináveis.

Ainda, ao se decidir pela coletivização do Habeas Corpus, estendendo os efeitos da respectiva decisão para todos os processos de execução daquele paciente específico, mas também vinculando todas as decisões a serem proferidas nos outros processos de execução criminal sob a jurisdição daquela autoridade coatora de primeiro

grau, o Superior Tribunal de Justiça não conferiu efeito *erga omnes* à sua decisão, nos moldes atribuídos aos julgamentos coletivos envolvendo direitos individuais homogêneos (art. 103, inc. III da Lei 8.078/90).

Ao limitar os efeitos vinculantes de sua decisão a todos os processos sob a jurisdição da autoridade coatora, a Corte de justiça parece ter conferido à sua decisão efeitos análogos àqueles aplicados ao incidente de resolução de demandas repetitivas.⁵

Não se pretende aqui fazer um estudo detalhado sobre as diferenças entre os efeitos da coisa julgada nas ações coletivas e nos incidentes de resolução de demandas repetitivas, mas, independentemente da interpretação que se dê ao julgamento do HC 495.378/SP, o que se busca é destacar os efeitos transcendentais da decisão proferida para além da esfera do direito subjetivo do paciente, alcançando todos aqueles que, ocupando a mesma situação jurídica, estejam sofrendo ou ameaçados de sofrer com o ato coator de mesmo conteúdo.

A exemplo do paradigmático julgamento conduzido pela Corte suprema, a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Habeas Corpus 495.378/SP também se propôs a solucionar uma multiplicidade de pretensões individuais que decorreram ou poderiam decorrer de situações jurídicas similares, agilizando a prestação jurisdicional, diminuindo o número de demandas repetitivas e uniformizando a jurisprudência. Tratou-se, em verdade, de efetiva prestação jurisdicional e de democratização do acesso à justiça em clara oposição à cultura de encarceramento cada vez mais presente na realidade de quem atua no campo da execução penal no Brasil.

Em meio ao caos provocado pelo incremento da onda punitivista que parece ter feito submergir novamente o Direito e o processo penal brasileiro naquele velho discurso simbólico de combate à criminalidade e à violência por meio da imposição de penas mais longas e regimes mais severos, importante destacar os avanços, senão legislativos, ao menos jurisprudenciais, que contribuem para uma reflexão mais crítica acerca da construção de um Judiciário comprometido com seu papel republicano e garantidor do acesso a uma ordem jurídica verdadeiramente justa e democrática.

Ainda há muito que se avançar na concretização da admissibilidade do Habeas Corpus coletivo como instrumento apto a combater, de alguma maneira, atos ilegais praticados em massa. Discussões sobre a legitimidade ativa e o alcance dos efeitos da decisão judicial proferida, por exemplo, continuarão fazendo parte dos debates acadêmicos e das decisões judiciais. No entanto, os precedentes paradigmáticos aqui destacados demonstram que os novos instrumentos processuais adequados à solução de pretensões coletivas possuem potencial para indicar um novo caminho rumo à promoção do efetivo acesso à justiça no sistema de justiça criminal.

NOTAS

- ¹ Em agosto de 2018, o ministro Edson Fachin concedeu medida liminar no Habeas Corpus 143.988/ES, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de Espírito Santo em favor de todos os adolescentes internados na unidade de internação Regional Norte.
- ² Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.
- ³ Ver as ondas renovatórias do acesso à justiça de Mauro Cappelletti e Bryan Garth; em especial, a segunda onda, que trata da possibilidade da representação dos interesses difusos em juízo.
- ⁴ MILARÉ (1990, p. 3) nos ensina que a “[...] sociedade humana foi palco, em poucas décadas e em todos os seus setores - social, econômico, político -,

de profundas e muitas vezes alarmantes transformações, das quais emergiu a sociedade contemporânea. Essas transformações não significaram apenas desenvolvimento e progresso, mas trouxeram consigo a explosão demográfica, as grandes concentrações urbanas, a produção e o consumo de massa, as multinacionais, os parques industriais, os grandes conglomerados financeiros e todos os problemas e convulsões inerentes a esses fenômenos sociais. Numa sociedade como essa - uma sociedade de massa - há que existir igualmente um processo civil de massa.”

- ⁵ Nos termos do art. 985, incisos I e II do CPC, o julgamento da tese jurídica firmada no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas será aplicado a todos os processos individuais ou coletivos, inclusive aos casos futuros, que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MILARÉ, Édís. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva,

1990.

PRADO, Geraldo. Habeas corpus coletivo. In: TAVARES, Juarez; PRADO, Geraldo. *O direito penal e o processo penal no Estado de Direito*: análise de casos. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 261-279

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Recebido em: 17/05/2019 - Aprovado em: 10/09/2019 - Versão final: 14/10/2019

IMPEDIMENTO E INSTÂNCIA: UMA NECESSÁRIA RELEITURA DO ARTIGO 252, INCISO III DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

*IMPEDIMENT AND INSTANCE: A NECESSARY RE-READING OF ARTICLE 252,
ITEM III OF THE CODE OF CRIMINAL PROCEDURE*

Lucas Andreucci da Veiga

Doutorando em Processo Penal pela PUCSP. Mestre em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia pela USP. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela PUCSP. Membro do IBCCRIM e da AASP. Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8785163943060712> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0674-5658> lucas@vsaadvogados.com

Rogério Martins Seguins Júnior

Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela PUCSP.
Membro da AASP. Advogado.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9620260507743928>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5937-9700>
rogerio@vsaadvogados.com

Maurício Vasques de Campos Araújo

Membro da AASP. Advogado.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5683766161035023>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5823-4366>
mauricio@vsaadvogados.com

RESUMO

A partir de uma releitura do conceito de instância do artigo 252, inciso III do Código de Processo Penal, o presente estudo investiga o impedimento do magistrado que já decidiu sobre determinado fato na área cível ou disciplinar, pois perderia sua imparcialidade.

Palavras chave: Impedimento. Instância. Imparcialidade. Magistrado.

ABSTRACT

Based on a re-reading of the concept of instance of article 252, item III of the Code of Criminal Procedure, the present study investigates the impediment of the magistrate who has already decided on a certain fact in the civil or disciplinary area, as it would lose its impartiality.

Keywords: Impediment. Instance. Impartiality. Magistrate.

1. Preâmbulo

O processo penal, conforme acepção clássica, é a forma de o Estado apurar a materialidade e autoria de uma aparente transgressão à norma criminal.¹ É o meio pelo qual se estabelece o juízo de culpabilidade do indivíduo frente aos fatos que se lhe atribui.

Pela seriedade da missão da qual incumbidos os juízes, cidadãos alçados à especial condição de dizer o direito, positivou-se uma série de formalidades para legitimar o escrutínio dos magistrados sobre quem promoveu a ruptura da ordem social. É o denominado processo penal.

No âmbito da verificação da culpabilidade do imputado, opondo-se no mais das vezes Ministério Público e réu, exsurge o juiz como ser equidistante e imparcial, a quem caberá decidir se a pessoa posta à sua frente cometeu uma violação à norma punitiva e, em caso positivo, se pode e merece receber a punição, dosando-se-a na sequência. E é justamente essa imparcialidade, cuja perda pode levar ao reconhecimento do impedimento do magistrado, uma questão que precisa ser mais francamente debatida.

Embora por motivos diversos dos adiante revolvidos, alertou a ministra Maria Thereza que o Código de Processo Penal, no que tange à suspeição e impedimento do magistrado, convoca releitura,² pois oriundos os óbices previstos nos artigos 252 a 254 do Código de Processo Penal de um tempo em que as relações humanas e sociais – e, por que não, jurídicas –, eram absolutamente diversas.

Na particularidade analisada, tem-se muita vez, em tramitação anterior ou paralela aos feitos criminais, a instauração de procedimentos disciplinares e ações civis públicas. Estas, importante ferramenta de defesa dos interesses transindividuais, surgiram apenas em 1985, ganhando projeção com a Constituição de 1988 e, de alguns anos para cá, assumindo protagonismo nas investigações ligadas principalmente a atos de improbidade administrativa imputados a agentes públicos e políticos.

A salutar persecução voltada à proteção da coisa pública, por não raro versar sobre fatos também submetidos ao escrutínio da justiça penal, acaba em certas oportunidades desvirtuada. Investigações sobre hipóteses de crime iniciam sob a roupagem de inquéritos civis públicos, os quais possuem menos formalidades e diminuto

controle da atividade inquisitória pelo Poder Judiciário. Tais perquirições evoluem para ações civis públicas e, depois, a prova colhida sem intervenção judicial é emprestada à esfera criminal. Nas comarcas menores, a denúncia lastreada nos elementos hauridos perante a Justiça Cível, ordinariamente formulada pelo mesmo membro do Ministério Público, é eventualmente distribuída no segmento criminal àquele magistrado que instruiu a prova no âmbito civil público e, até mesmo, sentenciou o feito congêner. Entende-se aqui necessário o reconhecimento do impedimento do juiz em tal hipótese, propondo-se fazê-lo a partir de uma releitura do conceito de instância inscrito no inciso III do artigo 252 do Código de Processo Penal, interpretando-se-o extensivamente.

2. O Impedimento do magistrado no processo penal

O processo, para ser considerado justo, deve ter sua solução entregue a sujeito desinteressado em seu destino: o juiz. Este, além da investidura inerente ao cargo, precisará ostentar certos requisitos objetivos e subjetivos que comprovem a necessária equidistância das partes em conflito. Encarrega-se assim a Constituição Federal de fornecer garantias ao livre exercício da judicatura, ao mesmo tempo que impõe certas vedações visando garantir a imparcialidade do magistrado,³ cumprindo o desiderato de salvaguardar os direitos e garantias individuais do inculpaado conducentes a um processo justo.

Sob o prisma de proteção ao acusado, o Código de Processo Penal traz hipóteses de suspeição e impedimento do magistrado nos artigos 252 e 254, além das incompatibilidades deduzidas no artigo 253 da mesma lei. Emprestando-se definição de **Hélio Tornaghi**, “o juiz é impedido quando tem interesse no desfecho da causa; o juiz é suspeito, quando se interessa por qualquer das partes”.⁴ Ademais, incompatível será aquele que, em juízo coletivo, ostentar parentesco com outro membro do colegiado. Todas essas espécies traduzem-se em requisitos para verificação da imparcialidade do julgador no caso concreto, diretriz esta explicitamente assentada nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.⁵

A precaução tem sua razão de ser. Exige-se que o magistrado se posicione para além das partes.⁶ É a imparcialidade elemento indispensável na heterotela dos direitos, garantindo a observância do devido processo legal e do contraditório. Em sua dimensão objetiva, guarda relação com a postura funcional do magistrado: não basta ser imparcial, mas também parecê-lo. Qualquer mácula a essa imagem compromete negativamente a confiança depositada pelos jurisdicionados naquele investido do poder-dever de dizer o direito.

A imparcialidade assume relevância quando deixa o campo da presunção e absorve impressões do mundo fenomênico. Isso geralmente é verificado em declarações à imprensa antes da decisão nos autos, em despachos interlocutórios, na decretação de medidas cautelares, enfim. Como bem sintetiza **Christiano Fragoso**, “a demonstração mais visível de prejulgamento de uma demanda é, indubitavelmente, a manifestação escrita e explícita do Juiz no sentido de estar convencido de que uma das partes está absolutamente correta quanto ao mérito”.⁷ E essa manifestação escrita (ou oral), por consectário lógico, pode ocorrer tanto no bojo do próprio processo quanto em outra ação, ou mesmo apartado de qualquer lide em particular. Restará indisfarçável em tais hipóteses o impedimento do juiz.

A literatura especializada corrobora a assertiva. Sinaliza **Tourinho Filho**, entre muitos, que as hipóteses de impedimento inscritas no artigo 252 do Código de Processo Penal “são verdadeiros obstáculos para uma reta administração da justiça, impedindo o Juiz de se conduzir com a independência, a serenidade e a imparcialidade necessárias no desempenho da sua missão”.⁸

Diversamente da suspeição, o impedimento, possui natureza objetiva. Caso ignore o óbice, haverá consequências intransponíveis, pois a verificação da existência de parcialidade, como alerta **Magalhães Noronha**, não se restringe à declaração de mera nulidade de atos praticados pelo magistrado, “mas vai além: suprime-lhe a jurisdição. Consequentemente, os atos por ele praticados são mais do que nulos; são inexistentes. Não podem ser sanados, ao contrário do que sucede com a incompetência”.⁹

Os reflexos da verificação da parcialidade de um julgador, vê-se bem, são graves. Para o acusado, o risco de sofrer sanção injusta; para a sociedade, a insegurança de estar sujeita a decisões orientadas por valores alheios aos tutelados na Constituição Federal enquanto expressão maior da vontade popular; e, por fim, para o próprio magistrado, pois desviado da sua missão de justa dicção do direito. Daí porque o rol de hipóteses de impedimento do artigo 252 do Código de Processo Penal não pode ser observado de forma taxativa, como por vezes se insiste, escorando-se em prolapada índole objetiva. Modernamente, aderindo a influxos da Corte Europeia de Direitos Humanos, parcela da dogmática concebe outras hipóteses de quebra da imparcialidade além das taxativamente inscritas nos artigos 252 a 254, evidentes no caso concreto e, por isso mesmo, também objetivas.¹⁰

Admitindo-se embora certo hermetismo, ainda assim os incisos dos referidos dispositivos são passíveis de releitura, adequando-se-os à nova realidade social e, principalmente, às diretrizes inscritas na Constituição Federal, além dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Afinal, tanto a analogia como a extensão são modos de interpretação das normas admitidas pela lei processual penal.

Segregando-se um dispositivo em particular, destaque-se o inciso III, do artigo 252 do Código de Processo Penal: “O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: III – tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão”. Antes de ampliar o debate, necessário fixar alguns pontos no que concerne ao conceito de instância, notadamente sua amplitude.

3. Instância e processo penal

O vocábulo “instância” não pode ser dissociado das origens e influências oriundas do tempo em que redigido e promulgado o Código de Processo Penal de 1941. No *codex*, aliás, “instância” aparece com acepções diversas. No artigo 36 do diploma assume viés sinônimo de ação instaurada; já nos artigos 87, 541 e 600, § 4º da norma em comento reproduz diferenciação entre instâncias inferiores e superiores.¹¹

Não se descure que o conceito de instância é tradicionalmente entendido como sucessão vertical, hierarquizada, entre fases do procedimento cujas atribuições são circunscritas a determinados órgãos do Poder Judiciário interveniente na persecução, deferindo-se àquela inaugural poder decisório e às demais competência revisional. Assim, tem-se instaurada a primeira instância (Juízo singular) com a citação do acusado,¹² à qual sucede a segunda instância (Juízo colegiado) e, eventualmente, posterior provocação dirigida às superiores instâncias (STF e STJ). Haver-se-ia ainda de falar, por que não, em uma instância prévia, inerente à fase investigativa. Como anota **José Frederico Marques**, antes da citação válida já existe relação jurídica entre o jurisdicionado e o magistrado, uma “outra instância, de caráter instrumental, quando se cuida de atos de processo cautelar; ou, ainda, situação litigiosa entre o Estado e o indiciado. Mas a instância do processo condenatório só começa com a propositura da ação penal, isto é, com a citação válida do réu”.¹³

Nessa toada, analisando-se o artigo 252, inciso III do Código de Processo Penal, necessário ir além, ampliando-se o alcance do termo “instância” à luz das finalidades pelas quais insculpidas as causas de impedimento do magistrado, não se limitando à verificação de ter o magistrado analisado o caso em grau inferior ou superior de Jurisdição.

A posição é defendida por **Gustavo Badaró**: “a expressão ‘instância’ merece uma interpretação mais ampla, para incluir as situações em que o mesmo juiz, enquanto pessoa física, tenha se pronunciado sobre o mérito, realizando um prejulgamento sobre o crime ou sua autoria, capaz de comprometer sua imparcialidade”.¹⁴ Dentro dessa lógica, a decisão sobre cautelares e medidas investigativas na fase pré-processual, revestidas ou não de uma valoração dos fatos frente a um determinado agente, induzem ao impedimento do magistrado.

O projeto de Código de Processo Penal (PL8045/2010), embora mantendo quase inalterado o capítulo concernente às hipóteses de impedimento do magistrado, avança ao prever um juiz de garantias. Mas não resolve o problema ora apontado. Assume

então importância discussão quanto à dimensão de “instância.” Nesse contexto, releva lembrar paradigmático julgamento, no qual o ministro Adhemar Maciel conceituou, sob um prisma complementar, que “a palavra ‘instância’, como se sabe, pode oferecer conotação maior que ‘grau de jurisdição’. Significa ‘conhecimento’.”¹⁵

Tomando-se a ideia de Jurisdição enquanto extensão e limite do poder de julgar, verifica-se guardar relação com sentido empregado ao conceito de instância, segundo o qual esta seria ação em movimento, isto é, compreenderia a prática de um conjunto de atos necessários ao processamento e julgamento da demanda.¹⁶ Assim, tais noções remetariam à abstração de limitação do poder de conhecimento e julgamento de determinado fato alhures conhecido pelo magistrado. Nessa linha, aliás, ganha-se o reforço de **José Frederico Marques**: “Instância é, pois, a própria relação processual, isto é, o processo considerado em seu conteúdo formal, visto em sua estrutura e funções, e desenvolvendo-se entre várias pessoas ligadas por vínculos jurídicos.”¹⁷

Estendendo-se o raciocínio, conclui-se haver distintas instâncias não somente sob acepção vertical, mas também em um plano horizontal. Assim, considerar-se-iam instâncias diversas a verificação de um mesmo fato nos âmbitos administrativo, disciplinar, civil, eleitoral e/ou penal, uma vez já havido vínculo jurídico entre magistrado e parte frente à análise de um mesmo fato jurídico (ou antijurídico).

De outro lado, não se descure ser, na praxe forense, frequente socorro ao termo “independência das instâncias” para justificar que em uma sentença de índole cível ou criminal se opte por desfecho diverso ao havido na apreciação de um mesmo fato em seara outra da Justiça. O Código Civil afirma tal independência de forma expressa em seu artigo 935.¹⁸ Isso inexoravelmente conduz à conclusão de que, frente ao conteúdo material do impedimento, deve-se interpretar o conceito de instância tanto de forma homogênea (vertical), como heterogênea (horizontal).

4. Instância e Impedimento: uma necessária releitura

O processo penal, enquanto instrumento de garantia do cidadão contra os arbítrios do Estado, não pode ser estanque, conformando-se seus mecanismos às novas realidades sem olvidar de suas finalidades, adequando-se os procedimentos e as garantias do acusado às evoluções da sociedade e estruturas de Poder.¹⁹

A hipótese de interpretação extensiva aqui deduzida não assume contornos meramente acadêmicos; antes, consubstancia-se em discussão de índole eminentemente prática. Afinal, como assenta **Christiano Fragoso**, “O prejulgamento em que incorra um Magistrado transforma o processo em um jogo de cartas marcadas, conspurcando a obra de realização da Justiça, de que somos todos operários. O Juiz deve presidir a instrução do processo com absoluta isenção e imparcialidade, formando paulatinamente ao longo do devido processo legal seu convencimento.”²⁰

A interpretação das normas jurídicas, nas suas variadas formas, contribui para a transformação do Direito, adequando os textos legais às emergentes realidades sociais e culturais. Nesse sentido a lição de **Gustav Radbruch**: “a interpretação jurídica não é pura e

simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até ao fim aquilo que já começou a ser pensado por um outro.”²¹ Na hipótese de impedimento, o fenômeno das ações civis públicas, por exemplo, era hipótese não dividida quando da promulgação do ainda vigente Código de Processo Penal.

Estabelecidas as premissas, coerente entender que o magistrado inaugurador da instância (ou dela participante) em processo civil, eleitoral ou administrativo, ou alhures integrante de comissão processante em procedimento disciplinar, reste impedido. Este último exemplo já recebeu, anos atrás, provocação jurisdicional, compreendendo a Corte Paulista haver causa objetiva de quebra da imparcialidade.²² Também em década pretérita adveio positivo pronunciamento das Cortes Fluminense e Gaúcha ao suscitamento do impedimento de magistrado praticante de atos inquisitoriais e que, depois, intencionava julgar o mesmo fato.²³ No entanto, as hipóteses são poucas e cada vez mais raras, como escassas são as vezes em que as Cortes reconhecem o impedimento de algum magistrado. De outro lado, frequentes são os precedentes no sentido oposto.²⁴ Aliás, recente pesquisa da Fundação Getúlio Vargas demonstra que todos os pedidos de suspeição e/ou impedimento formulados contra ministros da mais alta Corte ao longo de mais de três décadas foram arquivados.²⁵

No entremeio à aversão quanto ao reconhecimento do óbice objetivo quanto à dúplice apreciação de um fato pelo mesmo magistrado em diversos segmentos, há dilemas impossíveis de serem superados. Ainda sem falar em distintas áreas do Direito, seria de se indagar: como agiria um outrora juiz estadual, uma vez investido no cargo de magistrado federal, ao receber a mesma ação em que se manifestara alhures sobre determinado fato, distribuída agora na Justiça especializada após anulada sua sentença primitiva na Corte Estadual em virtude do reconhecimento da incompetência desta? Reconhecer o próprio impedimento assoma como a única alternativa juridicamente razoável.

A hipótese assume contornos de situação improvável, mas nem por isso deixa de ser verdadeira. Sobreleva nela a compreensão de que os juízes, sujeitos na sua atividade à “ruptura entre os polos arquetípos, em que um deles permanece consciente e o outro é reprimido, fica no inconsciente e se projeta sobre as partes no processo”,²⁶ podem ser convocados a apreciar determinados fatos sobre os quais, sob outra roupagem, já lançaram manifestação valorativa. Sendo a hipótese do artigo 252, inciso III do Código de Processo Penal, uma causa de impedimento objetiva, enquanto decorrência da interpretação extensiva dos incisos legais, inegável que restringir o alcance de uma norma de garantia pela invocação da taxatividade ofende a essência do processo penal democrático. O mesmo ocorre quando, no juízo singular, o magistrado se veja convocado a exercer Jurisdição Criminal em episódio no qual se pronunciou enquanto apreciando os mesmos fatos sob a ótica da improbidade administrativa.

Por tal motivo, especificamente no que concerne ao artigo 252, inciso III do Código de Processo Penal, o conceito de instância há de ser alargado, compreendendo-se-o como o conhecimento do juiz sobre determinado fato, seja no mesmo processo ou em lide de outra natureza, ainda que administrativa.

NOTAS

¹ FERNANDES, Paulo Sérgio Leite; FERNANDES, Geórgia Bajer. Nulidades no processo penal. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 22.

² Anota a Ministra: “[...] o Código de Processo data da primeira metade do século passado, daí porque os motivos que conduzem à suspeição e ao impedimento devem merecer nova leitura, em face dos avanços ocorridos na área do direito de família e reconhecidos, inclusive na vigência da Constituição da República, principalmente no que diz respeito à união estável, à entidade familiar e ao divórcio (art. 226 e parágrafos).” Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial. v. II. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1301.

³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo penal. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

⁴ TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. v. I. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 154.

⁵ Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. X); Declaração Interamericana de Direitos Humanos (art. 8, n. 1 do Dec. 678/1992); e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 14, n. 1).

⁶ MAIER, Julio B. J. Dimensión político-jurídica de un poder judicial independiente.

In: *Antología*: El proceso penal contemporáneo. 1. ed. Lima: Palestra Editores, 2008. p. 743/744. Anota o estudioso: “En principio, la llamada ‘independencia judicial’ es una función del ideal de ‘imparcialidad’ en la tarea de juzgar o del calificativo de imparcial que integra la definición de la palabra juez. Deseamos jueces independientes de todo poder, o los estatuímos así mediante diversos mecanismos, porque queremos acercarnos al ideal de la imparcialidad. Ello significa, aun etimológicamente, que, salvo los valores ético-sociales que presumiblemente encarna la ley, comunes a todos y base de la igualdad de todos frente a ella, ‘imparcialidad’, aplicada la definición de su tarea, equivale a exigir de elle o de ella la nota de ‘neutralidad’. Neutralidad, a su vez, significa, básicamente, apartamiento de los intereses defendidos por quienes protagonizan el conflicto a decidir (in-partial) y ausencia de prejuicio o interés particular alguno frente al caso a decidir.”

⁷ Prejulgamento induz suspeição. Disponível em: <<http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/arquivo62.pdf>>. Acesso: 21 mar. 2019.

⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 452.

⁹ NORONHA, Edgard Magalhães. Curso de direito processual penal. 6. ed. São

- Paulo: Saraiva. 1973, p. 63.
- ¹⁰ O precedente da corte Europeia é o Caso Piersack vs Bélgica. DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- ¹¹ José Frederico MARQUES assinala que “instância” apresenta “sentido proteiforme”, discorrendo sobre as acepções múltiplas do termo jurídico em específico artigo intitulado Conceito de instância – A instância e a relação processual. In: *Estudos de Direito Processual Penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2001. p.15.
- ¹² MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 193.
- ¹³ Idem, *ibidem*, p.195.
- ¹⁴ Id., *ibid.*
- ¹⁵ Nesse paradigmático, o STJ afastou magistrado que já atuara na esfera administrativa, afirmando-o impedido pois “moral, legal e psicologicamente comprometido para uma decisão judicial descompromissada” (STJ, 6ª. T. RHC 4.591. Rel. Min. Adhemar Maciel. j. 12/06/1995. p. 25/09/1995).
- ¹⁶ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 750.
- ¹⁷ “Conceito de instância – A instância e a relação processual”. p.16.
- ¹⁸ “Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.
- ¹⁹ Preciso o apontamento de Julio B. J. MAIER, no sentido de que a imparcialidade e a neutralidade não são um elemento imanente às organizações judiciárias, exigindo assim constante atualização. Op. cit., p. 744/745.
- ²⁰ FRAGOSO, Christiano. *Prejulgamento induz suspeição*. Disponível em: <<http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/arquivo62.pdf>>. Acesso: 21 mar. 2019.
- ²¹ *Filosofia do direito*, v. 1. Coimbra: Arménio Amado, 1961. p.274.
- ²² “Denúncia – Recebimento por juiz que funcionou em sindicância visando a apuração do crime e seu autor – Impedimento caracterizado – Decretação ex officio da nulidade do processo e também da prescrição – Inteligência do art. 252, III, do CPP” (RT 707/313).
- ²³ “Compete ao Juiz penal a prática de atos do juízo, sendo-lhe defeso a realização de atos inquisitoriais de natureza investigatória, quando privativos da autoridade policial, e, se os pratica e a posteriori vem a decidir no mesmo processo que lhe foi distribuído, vedada a jurisdição, são os atos declarados inexistentes, remetidos os autos ao juízo de substituição” (TA Criminal do Rio de Janeiro, 2ª Câmara, julgado em 17-12-87, Exceção de Impedimento 29.507, rel. Juiz Alvarez Mayrink da Costa). Em sentido assemelhado: “O Juiz que, antes de instaurada a ação penal, investiga o fato delituoso imputado ao acusado, colhendo, contra ele, provas que o incriminam, na forma do art. 252, II, do CPP, fica impedido de processá-lo e julgá-lo” (TJ-RS, 1ª Câmara Criminal. Exceção 27.092. Rel. Des. Charles Edgar Tweedie, j. 22/9/82).
- ²⁴ “Sendo as causas de impedimento previstas no art. 252, III, do CPP taxativas, forçoso concluir que o referido dispositivo legal trata apenas da atuação do magistrado em diferentes graus de jurisdição, não ocorrendo tal óbice em relação às esferas administrativa e judicial. Precedentes do STJ e do STF” (STJ, AgRg no REsp 1.567.388/BA, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 23.06.2017).
- ²⁵ Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/08/supremo-arquiva-todos-os-pedidos-de-suspeicao-de-ministros-e-viola-regimento.shtml>>. Acesso: 21mar. 2019.
- ²⁶ A expressão, em outro contexto, é de Aury Lopes Júnior. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.164.

Recebido em: 21/05/2019 - Aprovado em: 11/09/2019 - Versão final: 15/10/2019

INCONVENCIONALIDADE PARCIAL DO SISTEMA RECURSAL NO JÚRI: A MANIFESTA CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS E A CADH

PARTIAL UNCONVENTIONALITY OF THE JURY TRIAL APPEAL SYSTEM: MANIFEST CONTRARIETY TO THE EVIDENCE OF THE CASE AND THE ACHR

Thales Alessandro Dias Pereira

Mestrando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá. Pesquisador do Grupo DRIA – Direito, Racionalidade e Inteligência Artificial da UnB. Defensor Público Estadual, titular do Núcleo do Júri em São Luís/MA.

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8476649924213247>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6660-1904>

thalespereirajur@gmail.com

RESUMO

O artigo sustenta a existência de uma antinomia parcial entre o sistema recursal no rito do júri e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sugerindo argumentos para a sua resolução. A norma interna limita a impugnação do veredicto aos casos de manifesta contrariedade à prova dos autos, ao passo que a Convenção contempla o direito do acusado a um recurso que leva a uma discussão ampla da culpa à autoridade superior, vedando a condenação em instância única.

Palavras chave: Tribunal do Júri. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Duplo grau de jurisdição. Controle de convencionalidade.

ABSTRACT

The article argues that there is a partial antinomy between the jury rite appeals system and the American Convention on Human Rights, suggesting arguments to its resolution. The internal rule limits the challenge of the verdict to cases of manifest contradiction to the evidence, whereas the Convention contemplates the right of the defendant to an appeal capable of leading the wide rediscussion of the guilt to a higher court, prohibiting conviction in single instance.

Keywords: Jury court. American Convention on Human Rights. Double degree of jurisdiction. Control of conventionality.

1. Introdução

O presente artigo sustenta que há uma incompatibilidade parcial entre o artigo 593, III, d, do Código de Processo Penal- (CPP), e o artigo 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos- (CADH), e sugere critérios para resolvê-la na via interpretativa.

A norma do CPP estabelece como hipótese de cabimento da apelação contra a sentença proferida no rito especial do Tribunal do Júri a manifesta contrariedade à prova dos autos. Na compreensão dos tribunais e da doutrina predominante, havendo pluralidade de versões (tanto favoráveis quanto desfavoráveis) extraíveis do acervo probatório, deve haver deferência à decisão dos jurados.

Já a CADH institui como uma das garantias mínimas do acusado o direito de recurso contra a decisão condenatória. Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), o conteúdo material dessa garantia é um direito do indivíduo a um recurso acessível, eficaz e ordinário, capaz de levar a discutir tanto matéria fático-probatória quanto jurídica a uma autoridade judiciária superior e distinta da prolatora da decisão condenatória, sendo incompatível com a Convenção a condenação em instância única.

Por isso, nas situações em que o tribunal de apelação mantém a decisão do conselho de sentença que acolhe uma versão probatória desfavorável ao acusado, em detrimento de outra versão favorável ao imputado e viável (isto é, com amparo nas provas produzidas judicialmente), há, na verdade, hipótese assemelhada a julgamento em instância única, com inefetividade do recurso. Na prática, obsta-se ao condenado o direito de rediscutir os elementos que levaram à sua condenação, especialmente diante da circunstância de não estarem os jurados vinculados a critérios jusfundamentais de análise das provas.

Defende-se que tal situação gera a necessidade de controle de convencionalidade da sistemática recursal prevista no CPP, de modo que, em se tratando de recurso defensivo que impugne o mérito do veredicto do conselho de sentença, proceda o tribunal de apelação ao exame aprofundado do acervo probatório e, havendo versão fática favorável ao acusado e viável, porém não acolhida pelos jurados, anule a condenação e submeta o réu a novo julgamento.

Primeiramente, realizar-se-á breve exposição da apelação que busca impugnar o veredicto do conselho de sentença no Tribunal do Júri. Em sequência, será abordado o direito de recurso contra a decisão condenatória na CADH, com ênfase na densificação de seu conteúdo nos casos Barreto Leiva vs. Venezuela e Mohamed vs. Argentina, demonstrando-se a sua incompatibilidade com o CPP. Por fim, serão propostos critérios harmonizadores dessa antinomia, por meio do controle de convencionalidade, com suporte no postulado pro *homine*, na hierarquia da CADH, e nos princípios constitucionais da plenitude de defesa e da presunção de inocência.

2. Breve exposição da apelação que impugna o mérito do veredicto do conselho de sentença

No rito especial do Tribunal do Júri, após a deliberação do conselho de sentença, o juiz-presidente elabora e profere a sentença absolutória ou condenatória, na linha das respostas aos quesitos formulados perante os jurados. Contra tal decisão é cabível o recurso de apelação, nos termos das hipóteses do artigo 593, III, do CPP.

No que concerne à impugnação do mérito do veredicto do conselho de sentença (alínea *d* do dispositivo), estabelece-se o requisito de

ser a decisão “manifestamente contrária à prova dos autos” (BRASIL, 1941). Em complemento, o §3º da norma exclui a prolação de acórdão substituidor da sentença do Tribunal do Júri, permitindo a sua anulação e a submissão do acusado a novo julgamento.

A interpretação prevalente do dispositivo leva a uma deferência à decisão do conselho de sentença nos casos de pluralidade de compreensões quanto às provas dos autos, fundamentada no princípio constitucional da soberania dos veredictos (LEONEL, FELIX, 2017, p. 37-42), reduzindo-se as possibilidades de impugnação da sentença.

Nesse sentido, a jurisprudência e a doutrina majoritárias entendem que a “manifesta” contrariedade equivale à univocidade da análise do acervo probatório. Caso os autos não permitam inferir uma única versão a respeito dos fatos, não seria lícito ao tribunal de apelação se aprofundar na análise da decisão do conselho de sentença: “[h]avendo duas versões a respeito do fato, ambas amparadas pelo conjunto probatório produzido nos autos, deve ser preservada a decisão dos jurados, em respeito ao princípio constitucional da soberania dos veredictos [...]” (AgRg no REsp 1660745/RO) (BRASIL, 2017).

Todavia, essa aplicação do dispositivo alija a pessoa condenada dos meios de discutir a imputação reconhecida contra si e a possibilidade de erro de julgamento, contrariando o artigo 8.2.h, da CADH, como será visto a seguir.

3. Do conteúdo do direito de recurso contra a decisão condenatória na CADH e sua incompatibilidade com o CPP

O artigo 8 da CADH traz um rol de garantias mínimas do acusado, dentre os quais o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior” (OEA, 1969). O conteúdo dessa garantia foi explicitado pela CorteIDH especialmente nos casos paradigmáticos Barreto Leiva vs. Venezuela e Mohamed vs. Argentina (CORTEIDH, 2009, 2012).

Em Barreto Leiva vs. Venezuela, julgado em 17 de novembro de 2009, o cidadão venezuelano Oscar Enrique Barreto Leiva foi condenado por delito contra o patrimônio público conexo a crime do Presidente da República (que possuía prerrogativa de foro), em julgamento de única instância na *Corte Suprema de Justicia* da Venezuela.

Entre outros pontos, a CorteIDH assinalou que a dupla conformidade judicial, expressada pela integral revisão da decisão condenatória, confirma o fundamento e outorga maior credibilidade ao ato jurisdicional do Estado, ao mesmo tempo em que propicia maior segurança e tutela dos direitos do condenado. Mesmo que os Estados tenham uma margem de apreciação para regular o exercício do direito de recurso, não podem estabelecer restrições ou requisitos que infrinjam a essência do direito de recurso (CORTEIDH, 2009, p. 19).

O cerne desse julgamento é a incompatibilidade da CADH com o estabelecimento de julgamento em instância única, de modo que o Estado-parte deve sempre propiciar ao acusado a possibilidade de recurso a órgão judicial superior e distinto do prolator da decisão, não podendo ser estabelecidas restrições a esse direito não previstas na própria Convenção.

No caso Mohamed versus Argentina, julgado em 23 de novembro de 2012, tratou-se de situação em que o cidadão argentino Carlos Alberto Mohamed teve a sua garantia básica violada ao lhe ser obstada a possibilidade de recorrer contra a decisão que o condenou em grau de recurso interposto pelo órgão acusatório

(Fiscalía), após a absolvição pelo juízo de primeira instância.

Nessa situação, o acusado não dispunha de um recurso ordinário para impugnar o acórdão condenatório que pudesse reabrir a discussão sobre os elementos fático-probatórios do caso, mas apenas um recurso extraordinário sobre matéria jurídica para a Suprema Corte, o qual não foi admitido. Em razão da condenação, Carlos Alberto Mohamed foi dispensando de seu emprego e enfrentou dificuldades no sustento de sua família.

A CorteIDH explicitou a sua compreensão no sentido de que o referido artigo da CADH se constitui em um sistema de garantias condicionantes do poder punitivo estatal, buscando assegurar que o acusado responda à imputação dentro do devido processo legal e não seja submetido a decisões arbitrárias. São, portanto, as garantias mínimas a que uma pessoa faz jus em todas as fases da persecução criminal, que compreende a investigação, a acusação, o julgamento e a condenação (CORTEIDH, 2012, p. 27-30).

No que concerne ao direito de recorrer, para a Corte, a prescrição do art. 8.2.h tem como função dotar o indivíduo da possibilidade de impugnar o poder punitivo estatal através de um recurso acessível e eficaz, não fazendo sentido que o acusado não pudesse dele se valer contra uma decisão condenatória de segundo grau, que revoga uma absolvição em primeira instância. Isso significa que o direito a um recurso efetivo deve existir ainda que se trate de uma condenação produzida em segunda instância. E não só isso. Quando se fala em direito de recurso, é mister que se pense no direito a um recurso ordinário, capaz de discutir tanto matéria jurídica quanto fático-probatória (CORTEIDH, 2012, p. 30-32).

Por essa razão, no caso em apreço, a Corte Interamericana entendeu que o direito a um recurso extraordinário para a Suprema Corte não atenderia ao artigo 8.2.h, uma vez que tal meio de impugnação se cingiria à discussão de matéria jurídica, deixando a questão fático-probatória sem possibilidade de contestação eficaz. E, diferentemente da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, a CADH não tem exceção quanto à possibilidade de recurso contra uma condenação imposta em julgamento de recurso da acusação.

Vale atentar que, para a Corte, tal disposição não é uma diretriz aos Estados-parte na elaboração de seus sistemas recursais, e sim uma garantia efetiva do indivíduo contra o Estado, não sendo cabíveis, por isso, escusas fundamentadas na legislação interna para tentar justificar o seu descumprimento.¹

Portanto, a partir das duas decisões comentadas, vê-se que a Corte Interamericana compreende que o direito de recurso contra a decisão condenatória possui o seguinte conteúdo: (i) o direito a um recurso ordinário, capaz de discutir tanto matéria fático-probatória quanto jurídica; (ii) o direito a um recurso acessível e eficaz, capaz de levar a rediscussão da culpa a uma autoridade judiciária superior e distinta da prolatora da decisão; (iii) não há exceções na Convenção Americana a respeito desse direito, ainda que a condenação se constitua em grau recursal, após a absolvição em primeiro grau; e (iv) é incompatível com a CADH a condenação em instância única.

Diante do conteúdo do art. 8.2.h da CADH, concretizado pela CorteIDH, percebe-se que o direito ao recurso é inobservado pela sistemática recursal do rito do júri, nas situações em que há mais de uma versão fática extraível dos autos e os jurados optam pela prejudicial ao acusado, uma vez que a exigência de manifesta contrariedade à prova dos autos, tal como atualmente interpretado pela doutrina e tribunais brasileiros, torna o recurso de apelação

inócua e aproxima o veredicto a um julgamento em única instância.

4. Da resolução da antinomia

Uma interpretação estrita do artigo 593, III, *d*, do CPP, não poderia suplantiar a garantia do art. 8.2.h da CADH, sendo necessária a harmonização dos dispositivos de forma a garantir-se ao réu o direito ao recurso efetivo e mesmo a garantia constitucional da plenitude de defesa no Tribunal do Júri.

É mister dos Estados signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos a realização, de modo ativo, do controle de convencionalidade de seu Direito interno, tendo como parâmetro não somente aquele corpo normativo, mas também a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2018, p. 35).

Para a CorteIDH, a atuação do Judiciário deve realizar-se de ofício, ou seja, independentemente de pedido da parte interessada, sempre que estiver diante de um caso concreto cuja solução possa ser encontrada em tratado internacional de direitos humanos em vigor para o Brasil, conforme os casos *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, *Trabalhadores Demitidos do Congresso vs. Peru*, e *Cabrera García e Montiel Flores vs. México* (MAZZUOLI, 2018, p. 34-46).

Internamente, o controle de convencionalidade pode ser realizado por meio de técnica legislativa ou no âmbito judicial. Este consiste no exame de conformidade de normas internas com os tratados tomados por parâmetros de controle, tanto por via incidental (controle difuso ou concreto de convencionalidade), como por meio de ação direta (controle concentrado ou abstrato de convencionalidade, adotando-se como paradigma normas adicionadas ao bloco de constitucionalidade) (MAZZUOLI, 2018, p. 146).

Por isso, independentemente de eventual revisão do marco legal pelo Poder Legislativo, deve-se proceder a uma alteração interpretativa quanto ao art. 593, III, *d*, do CPP, declarando-se a sua inconveniência *parcial*, a fim de que, em *recurso da defesa*, proceda o tribunal de apelação à análise aprofundada do acervo probatório e, sendo o caso, anule o veredicto do conselho de sentença nas hipóteses de existência de versão fática viável e mais favorável ao acusado, ainda que preterida pelos jurados.

Esse posicionamento é o mais condizente com a CADH. Havendo multiplicidade de versões fáticas, não há como estabelecer os critérios de decisão do conselho de sentença, posto que o julgamento é realizado por íntima convicção. Dessa forma, parâmetros jusfundamentais, como a presunção de inocência, ou processuais, como o artigo 155 do CPP (vedação à condenação lastreada exclusivamente no inquérito), podem não ter sido levados em conta pelos jurados. Nada mais razoável, então, que a possibilidade de submissão do caso a novo julgamento.

Tal construção interpretativa não atenta contra o princípio constitucional da soberania dos veredictos. Apesar de revestir-se de maior autonomia e menor possibilidade de revisão pelo órgão de segunda instância, a soberania dos veredictos não é absoluta, constituindo-se, na realidade, em uma intangibilidade *parcial* da decisão dos jurados, de modo que não pode ser substituída pelo acórdão na apelação, mas tão-somente anulada, garantindo-se ao Tribunal do Júri, em nova sessão, a palavra definitiva sobre a culpa.

Por outro lado, ainda que a soberania dos veredictos possua uma faceta coletiva, é também, sem dúvida, uma garantia individual do acusado, ao lado da plenitude de defesa e presunção de inocência.

E, assim sendo, não afasta outros direitos e garantias constitucionais implícitos ou decorrentes dos tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro, como bem estabelece o artigo 5º, §2º, da Constituição Federal.

Nesse sentido, não se pode olvidar que, havendo concorrência entre direitos da pessoa humana, os critérios estáticos, cronológico e da especialidade cedem espaço para o diálogo das fontes, cujo núcleo, em se tratando de direitos humanos, é o postulado interpretativo *pro homine*, que enseja a incidência da norma mais favorável ao indivíduo: “A escolha da norma mais benéfica ao indivíduo é tarefa que caberá fundamentalmente aos Tribunais nacionais e a outros órgãos aplicadores do Direito, no sentido de assegurar a melhor proteção possível ao ser humano” (PIOVESAN, 2011, p. 158). Na realidade, o critério *pro homine* é exigência normativa do artigo 29 da CADH, sendo abraçado expressamente pelo Supremo Tribunal Federal, como no *Habeas Corpus* 90.450 (BRASIL, 2009b).

Embora não tenha abordado a inconveniência aqui sustentada, Giancomolli (2016, p. 337) sustenta que é diante de decisões condenatórias “que se pode afirmar a existência plena de um direito ao recurso, aplicando-se as regras mais benignas, independentemente de serem processuais puras ou mistas, solucionando-se os casos com uma exegese em favor do direito ao duplo pronunciamento”.

Em acréscimo, mesmo que se raciocine de maneira mais tradicional, a CADH possui um *status* hierárquico superior ao do Código de Processo Penal, impedindo a incidência das prescrições que lhe contrariem. Essa foi a tese abraçada pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 466.343/SP, que considerou insubsistente a prisão do depositário infiel em face da CADH. Por um lado, o fundamento foi a supralegalidade da Convenção (voto do ministro Gilmar Mendes), por outro, o seu *status* materialmente constitucional, integrando o bloco de constitucionalidade (voto do ministro Celso de Mello). Mas, de qualquer forma, concluiu-se que a CADH teria um efeito “paralisante” da eficácia jurídica da legislação infraconstitucional referente à prisão do depositário infiel, tornando-a incompatível com a ordem jurídica, ainda que a Constituição Federal preveja essa modalidade de cárcere (BRASIL, 2009).

O raciocínio quanto ao tema ora tratado é o mesmo. O artigo 593, III, d, do CPP, no que contrariar a CADH, não pode ser aplicado. Independentemente da hierarquia da Convenção (se supralegal ou constitucional), a disciplina referente à sistemática recursal no Tribunal do Júri deve ser integrada pelas disposições do aludido regramento internacional, que suspende a eficácia das disposições legais internas que não sejam com ele compatíveis.

Portanto, seja pela via do princípio *pro homine*, seja pelo critério hierárquico, a restrição constante do artigo 593, III, d, do CPP, deve ser conformada ao artigo 8.2.h da Convenção Americana de Direitos Humanos, nas situações em que a defesa busque a impugnação de sentenças condenatórias do Tribunal do Júri em contexto de multiplicidade de diferentes versões fáticas viáveis extraíveis do acervo probatório.

5. Conclusão

A limitação da apelação à manifesta contrariedade à prova dos autos, no procedimento especial do Tribunal do Júri, contraria o art. 8.2.h da CADH, que traz como garantia mínima do acusado o direito a um recurso ordinário, que discute tanto matéria fático-probatória quanto jurídica, acessível e eficaz, capaz de levar a reanálise integral da culpa a uma autoridade julgadora superior e distinta da prolatora da decisão.

Em razão disso, é defensável a realização do controle de convencionalidade do artigo 593, III, d, do CPP, de modo a possibilitar o integral reexame do acervo probatório pelo tribunal de apelação, em recurso da defesa contra a condenação, e a consequente anulação do veredicto do conselho de sentença em caso de existência de versão fática mais favorável ao acusado e preterida pelos jurados.

Essa proposição se baseia no postulado *pro homine*, na superioridade da CADH sobre a legislação ordinária, e nos princípios constitucionais da plenitude de defesa e da presunção de inocência, os quais concorrem com a soberania dos veredictos, que não ostenta caráter absoluto.

NOTAS

¹ No contexto brasileiro, Paiva e Heemann (2017, p. 496) defendem a possibilidade de interposição de um recurso inominado independentemente de previsão legal: “A nosso ver, a legislação brasileira deve ser alterada para que seja assegurado o direito ao duplo grau aos indivíduos condenados em julgamentos de ações

penais originárias. Enquanto não for promovida esta reforma legislativa, uma solução alternativa consistiria em se admitir um *recurso inominado*, a ser julgado por juízes diversos dos que preferiram a condenação desafiada.”

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de processo penal*. Texto publicado em 13 out. 1941, com alterações até a Lei n.º 13.434, de 12 de abr. de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 29 mai. 2019.

Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial* 1660745/RO. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. DJ: 01/09/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 29 mai. 2019.

Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 466.343*. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ: 05/06/2009a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 11 set. 2019.

Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 90.450/MG*. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 05/02/2009b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 29 mai. 2019.

CORTE Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH). *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Sentencia de 17 de Noviembre de 2009. Fondo, Reparaciones y Costas. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2019.

Caso Mohamed vs. Argentina. Sentencia de 23 de Noviembre de 2012. Fondo,

Reparaciones y Costas. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2019.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LEONEL, Juliano de Oliveira; FELIX, Yuri. *Tribunal do júri: aspectos processuais*. Florianópolis: Empório Modara, 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos (OEA). *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 01 mai. 2019.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: CEI, 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Recebido em: 30/05/2019 - Aprovado em: 10/09/2019 - Versão final: 05/02/2020

A FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS PROCESSUAIS EM NOME DA CELERIDADE – A AUDIÊNCIA POR WHATSAPP

THE RELAXATION OF PROCEDURAL RULES IN THE NAME
OF SPEED – THE WHATSAPP COURT HEARING

Aline Pires de Souza Machado de Castilhos

Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Política Criminal e Direitos Humanos pela UFRGS. Pós-graduada pela Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Bacharela em Direito pela PUCRS. Professora de Direito Penal e Psicologia Jurídica da UNIFTEC. Auxiliar de Juiz do TJRS vinculada à 10ª Vara Criminal da Comarca de Porto Alegre. alinepirescastilhos@gmail.com
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7508668026521594>
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1334-8255>

Amanda Medeiros de Magalhães

Pós-graduada pela Universidade Anhanguera - UNIDERP e pós-graduada pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público em Direito e Processo Penal. Bacharela em Direito pela PUCRS. Assessora de Juiz do TJRS vinculada à 10ª Vara Criminal da Comarca de Porto Alegre. consul.amanda@gmail.com
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7152777870845802>
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-62308671>

Guilherme Machado de Castilhos

Doutor em Ciência da Computação. Mestre em Ciência da Computação. Engenheiro da Computação. Professor Titular da UNIFTEC. Coordenador do Setor de Tecnologia do Poder Legislativo de Gravataí. guilhermecastilhos@gmail.com
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8117771745804141>
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9372-9030>

RESUMO

O presente artigo aborda a temática da realização de audiência por meio do aplicativo *WhatsApp*, bem como as consequências da utilização do instituto, ainda que ausente regulamentação legal. Outrossim, traz à baila a problemática do ativismo judicial em razão do uso desse meio tecnológico, bem como a violação de garantias de ordem processual e constitucional. Por fim, discute a excessiva valorização dos princípios da celeridade e economicidade processual em prejuízo do réu.

Palavras chave: tecnologia; *WhatsApp*; processo penal; ativismo judicial.

ABSTRACT

This article deals with the theme of holding a hearing through the *WhatsApp* application, as well as the consequences of using the institute, even though legal regulation is absent. Moreover, it raises the issue of judicial activism due to the use of this technological means, as well as the violation of procedural and constitutional guarantees. Finally, it discusses the excessive appreciation of the principles of speed and procedural economy to the detriment of the defendant.

Keywords: technology; *WhatsApp*; criminal proceeding; judicial activism.

O avanço tecnológico na sociedade provocou severas mudanças na forma com que os indivíduos se relacionam com o mundo. A ampla utilização da internet como ferramenta de comunicação, informação, trabalho e entretenimento, reduziu distâncias e desburocratizou sistemas. Tais transformações, como não poderiam deixar de ser, atingiram questões afetas ao Poder Judiciário. Todavia, questiona-se: as vicissitudes tecnológicas estão sendo inseridas na vida processual e no Poder Judiciário, protegendo garantias já consagradas em nossa legislação e na Constituição Federal? Até que ponto devemos ir em nome da celeridade?

Neste prisma, destaca-se a alteração processual introduzida pela Lei 11.900, de 2009, notadamente, o permissivo legal para a realização de audiências e interrogatório de réus pelo sistema da videoconferência.¹ A ferramenta tem larga utilização em nossos tribunais e os benefícios são inegáveis: redução de esforços para advogados

e partes, economia para o Estado, redução da pressão sofrida pelo réu em consequência das condições precárias de condução física pelos entes públicos, já que exposto a constrangimentos, humilhações, falta de condições dignas no transporte, longa distância percorrida e demora até que efetivamente seja interrogado pelo juiz.² No Estado do Rio Grande do Sul, além da norma processualista, a videoconferência foi instituída pelo Provimento 010/2017 da Corregedoria Geral de Justiça, o qual preceitua, em seu artigo 1º, que o sistema de audiências por videoconferência, no âmbito do 1º grau, destina-se à oitiva de pessoas fora da sede do juízo, em processos de qualquer natureza, abrangendo, assim, varas criminais. Além disso, prevê, no artigo 5º, a possibilidade de proceder no interrogatório de réus, desde que a unidade prisional disponha do equipamento correspondente.³ Todavia, com base na experiência positiva da videoconferência, muitos juízes passaram a

utilizar outras formas de tecnologias a fim de auxiliar na celeridade processual e na economicidade, contexto em que temos os casos de inquirições e oitivas via chamadas de vídeo por aplicativos como *WhatsApp* e *Skype*. A iniciativa tem sido aplicada em todo país e possui o apoio do Conselho Nacional de Justiça, o qual concedeu menção honrosa à juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, que realizou cem audiências pelo aplicativo, no período de um ano, e enaltece os benefícios da medida.⁴ O recurso também tem sido amplamente utilizado nas varas criminais e defensores da utilização de novas tecnologias no processo penal trazem como argumentos positivos a modernização, a agilidade, o baixo custo e o afastamento de riscos com deslocamento de presos considerados de alta periculosidade. Não obstante a possibilidade legal de uso dos referidos aplicativos, prevista no §3º do artigo 185 e no §3º do artigo 222, ambos do Código de Processo Penal, com enquadramento específico neste último termo “*outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagem em tempo real*”, no caso de interrogatório do réu, há a ressalva da excepcionalidade da medida e da necessidade da fundamentação da decisão judicial a justificar a adoção do mecanismo; ao passo que no segundo caso, o recurso é previsto apenas nas inquirições de testemunhas fora da jurisdição processante. Desta feita, excluída a possibilidade de uso da ferramenta digital nas oitivas de testemunhas e vítimas na mesma comarca do juízo em que tramita o processo, e nas hipóteses em que não há fundada razão para informalizar o interrogatório do réu, não há outrossim, justificativa para a ampla utilização do recurso que tem sido vista em nossos foros. De qualquer maneira certo é que a forma aberta prevista pelo legislador dá margem ao ativismo judicial, especialmente por representar severas violações constitucionais. E se tal conduta deve ser vista com receio à luz do processo civil e do trabalho, no processo penal, a questão ganha uma maior relevância.

Note-se que, devido à precariedade da norma, resta ao próprio juízo do magistrado determinar os limites e os critérios para que o ato seja realizado: a informalidade das intimações via aplicativo, a incerteza na identificação da pessoa inquirida, bem como o alerta de que, em uma possível oitiva via *WhatsApp*, o processo e o juiz poderão estar adentrando na casa da testemunha, em clara violação da intimidade; tudo será definido pelo julgador, que acaba travestido da figura de legislador. Ademais, a desburocratização sistêmica pode também ensejar na flexibilização de garantias processuais, que não necessariamente representam uma justiça menos arbitrária e mais humana. Efetivamente, a utilização do sistema de audiências por videoconferência se traduz em um instrumento de aceleração e desburocratização da justiça, o que poderia igualmente se afirmar quanto às audiências realizadas via *WhatsApp*. Todavia, estudos alertam acerca dos impactos que a modalidade pode acarretar na percepção dos julgadores sobre o acusado, especialmente sinais não verbalizados, além da impossibilidade de confronto entre réu e testemunhas, bem como da comunicação privada entre ele e seu defensor.⁵ Além disso, há a agravante de que o mecanismo significa uma violação da intimidade das pessoas ouvidas, bem como confere menos segurança jurídica, já que não ocorre no interior do Poder

Judiciário, como a videoconferência.

Evidenciam-se as consequências negativas na utilização de chamadas via *WhatsApp* em detrimento da utilização da videoconferência, já que esta última, ainda que administrativamente, possui regulamentação rasa, ao passo que a primeira resulta de ato ativista do julgador, trazendo reflexos na validade da prova, nada favorecendo ao protagonista do processo penal: o réu. Afinal, a quem importa um processo penal célere, mas alheio às garantias constitucionais?

O fato é que a celeridade, por si só, não garante a qualidade da justiça, notadamente em face do distanciamento entre os atores jurídicos e o acusado da insensibilização e da desumanização.⁶ Vivemos em uma sociedade acelerada, em que sucesso e a eficiência é medido por números;⁷ juízes são pressionados a realizar o maior número possível de audiências, proferir o máximo de decisões, atuação fomentada pelo Conselho Nacional de Justiça, esquecendo-se de que a justiça não está refletida nos números; ao contrário, eles podem apenas representar o atropelamento de direitos e garantias fundamentais. Note-se que não está sendo postulado aqui pela não utilização da tecnologia; é preciso aceitar as evoluções tecnológicas, uma vez que o ambiente cibernético faz parte de nosso cotidiano e adentrará os meios processuais, independente de nossa vontade. Todavia, a internet fragilizou a proteção conferida pelo ordenamento jurídico ao direito à intimidade,⁸ o que justifica a necessidade de que tais atos sejam realizados com segurança jurídica, o que só pode ocorrer com estrita observância do princípio da legalidade. Precisamos de normas seguras, que trabalhem com a interdisciplinaridade, trazendo respostas que não estão no Direito e assegurando direitos já estabelecidos.

Percebe-se que as novas tecnologias inseridas no âmbito da atividade jurisdicional, tais como videoconferência e, mais recente, a utilização de chamadas de vídeo via aplicativo *WhatsApp* trazem a ideia de contribuir para a efetividade da justiça. Entretanto, não se pode descuidar de garantias processuais, tais como, a legalidade, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, o contato físico entre réu e julgador, o direito do acusado, preso ou não, de comparecer a todos os atos processuais a serem realizados perante o juízo processante, corolários que o uso inadequado da tecnologia tem deixado de observar em prol da celeridade e desburocratização da justiça. Tais iniciativas revelam uma face oculta trazida pelos avanços da sociedade moderna, quando realizada sem responsabilidade e alheia ao conhecimento da computação. Não obstante o avanço tecnológico, não se pode negligenciar dos efeitos que a introdução destes dispositivos comunicacionais pode acarretar no processo judicial, especialmente, nas garantias que pretendeu o legislador constitucional tutelar, trazendo sempre como pressuposto que, no processo criminal, o protagonista é o réu. Sob esta ótica, devem ser resguardados seus direitos, destacando-se aqueles acima elencados, sob pena de violação das garantias asseguradas ao indivíduo impondo-se um olhar mais restrito, com intuito de distanciar-se da prática judicial ativista.

NOTAS

¹ Vide artigo 185, §2º e §4º do Código de Processo Penal.

² GROSSO, Eduardo Luis. A Necessidade do Sistema de Videoconferência no Processo Penal. São Paulo, *IBCCRIM*, Artigos. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/artigo/10324-A-Necessidade-do-Sistema-de-Videoconferencia-no-Processo-Penal>>. Acesso em: 26 mai. 2019.

³ Atualmente, segundo informações obtidas junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no Estado Gaúcho, cento e sessenta e quatro (164) comarcas já são atendidas pelo sistema de videoconferência. Informação de 27/05/2019.

⁴ Gazeta do Povo. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/juiza-e-premiada-pelo-cnj-por-fazer-audiencias-via-whatsapp-arb0gqkugpb1rdzo4qz6h1tu/>>. Acesso em: 28 mai. 2019.

⁵ ANTONIALLI, Denys Marcelo; FRAGOSO, Nathalie; MASSARO, Heloísa Maria Machado. Da Investigação ao encarceramento: as propostas de incremento do

uso da tecnologia no Projeto Anticrime. Boletim Ibccrim, São Paulo, n. 318, mai. 2019. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6337-Da-investigacao-ao-encarceramento-as-propostas-de-incremento-do-uso-da-tecnologia-no-Projeto-de-Lei-Anticrime>. Acesso em: 3 fev. 2020.

⁶ DUARTE, Evandro Piza; GARCIA, Rafael de Deus. O Uso de Novas Tecnologias de Comunicação no Sistema de Justiça Criminal: Tensões entre propostas de Eficiência da Justiça e a Maximização dos Efeitos Negativos do Sistema Penal. *Revista de Processo*, vol. 261/2016, p. 445-464, nov. 2016.

⁷ VIRILIO, PAUL. *Velocidade e Política*. Trad. Celso Mauro Pacioornik. São Paulo, Estação Liberdade, 1996.

⁸ CASTILHOS, Aline Pires de Souza Machado de; POLL, Roberta Eggert. *Temas controversos na realidade prática brasileira*. Florianópolis: Habitus, 2018, p. 13/14.

Recebido em: 04/07/2019 - Aprovado em: 07/07/2019 - Versão final: 14/02/2020

A TIPIFICAÇÃO DA INFIDELIDADE PATRIMONIAL E SEUS REFLEXOS SOBRE A GOVERNANÇA CORPORATIVA

THE CRIMINALIZATION OF PATRIMONIAL INFIDELITY AND ITS REFLEXES ON CORPORATE GOVERNANCE

Gustavo Alves Magalhães

Bacharel em Direito pela FD-USP. Mestrando em Direito Penal pela FD-USP. Advogado.

ORCID: 0000-0002-3677-2710

gustavo_alvesribeiro@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo fazer a análise do crime de infidelidade patrimonial, com foco no seu potencial para favorecer a implementação de regras de boa governança corporativa nas empresas. Na medida em que o prejuízo causado por um gestor ao ente coletivo pode ensejar a sua responsabilização penal, a definição das condutas possíveis e permitidas nos códigos de ética e de conduta da empresa possibilitará uma melhor organização da atividade empresarial.

Palavras chave: crime de infidelidade patrimonial; regras de boa governança corporativa; administração da empresa; *compliance*.

ABSTRACT

The present article aims to analyze the crime of patrimonial infidelity, focusing on its potential to favor the implementation of good corporate governance rules in companies. As far as the damage caused by a manager to the collective entity may give rise to a criminal liability, the definition of possible and permitted conducts in the company's codes of ethics and conduct will enable a better organization of business activity.

Palavras chave: crime of patrimonial infidelity; rules of good corporate governance; company administration; *compliance*.

A reprodução do capital em um cenário de intensa globalização econômica possibilitou uma grande concentração de poder pelos entes coletivos, realidade que demandou uma transformação da forma como as empresas se organizam, bem como se relacionam entre si e com o poder público. Em face disso, os programas de *compliance* despontaram como uma ferramenta para incrementar a gestão organizacional e promover o gerenciamento de riscos empresariais,¹ visando à prevenção da criminalidade de empresa e contra a empresa a partir um novo modo de funcionamento das atividades das pessoas jurídicas, pautado sobre valores de integridade.²

Um dos instrumentos do qual pode se servir o direito penal para introduzir e fomentar uma boa governança corporativa é a tipificação do crime de infidelidade patrimonial. Segundo **Adán Nieto Martín**, esse delito atua como um *"instrumento jurídico chamado a favorecer a implementação de uma nova e mais rigorosa ética dos negócios na esfera específica da administração da empresa"*.³ Considerando a importância assumida por esse delito no ordenamento jurídico de diversos países, serão analisadas as suas características e os limites de sua incidência, bem como a capacidade do crime de infidelidade patrimonial para induzir a aplicação de regras de conformidade no âmbito das estruturas empresariais.

O delito de infidelidade patrimonial está previsto na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (art. 22) e faz parte da realidade jurídica de diversos países europeus e latino-americanos, tais como a Alemanha (§266 do CP), Espanha (art. 252 do CP), Portugal (art. 224º do CP), Argentina (art. 173, 7 do CP) e Peru (art. 198º do CP). Apesar de tal ilícito não estar expressa e autonomamente positivado no Brasil, sua aplicação vem sendo feita internamente sobre outras rubricas, como os crimes de apropriação indébita, peculato-desvio e gestão temerária de instituição financeira, em desrespeito ao princípio da legalidade.⁴

Considerado um dos mais importantes delitos do direito penal econômico moderno,⁵ o crime de infidelidade patrimonial visa tutelar as ações daquele indivíduo que dispõe do poder de gestão sobre um patrimônio alheio. Dado que a assunção dessa responsabilidade se deu a partir de uma relação de confiança, seu administrador deve agir na medida dos interesses de seu titular e de forma a obstar a lesão desse patrimônio a partir das agressões que podem advir de dentro de sua própria esfera de cuidado.⁶ Dessas características se verifica, portanto, que o injusto da infidelidade patrimonial é formado pela (i) violação do dever de tutelar o patrimônio alheio e pela (ii) ocorrência de um dano patrimonial decorrente da violação daquele dever.⁷

Tratando-se de um crime contra o patrimônio e cujo aperfeiçoamento somente se faz com o seu dano, o alcance do delito de infidelidade patrimonial será identificado pela forma como o patrimônio é concebido pelo direito penal, o qual pode assumir uma dimensão econômica, jurídica, jurídico-econômica ou até mesmo pessoal. Seja qual for o conceito adotado, que ainda é objeto de controvérsias, o que se deve afastar é que perdas decorrentes do próprio risco empresarial sejam qualificadas como condutas puníveis, ainda mais quando dotadas de uma racionalidade econômica, sob pena de coibição da atividade negocial.

A atuação do administrador como garante de um patrimônio que lhe é confiado deve estar orientada, ademais, tanto sobre *deveres positivos*, na medida em que se fizerem necessários para incrementar o patrimônio administrado, como a partir de deveres negativos, mediante a abstenção de qualquer atividade que possa repercutir na depreciação dos bens.⁸ A identificação desses deveres se fará conforme a esfera de obrigações contraídas pelo administrador, sendo que este também não poderá ser sancionado pela prática de um ato cuja realização tenha decorrido de uma operação consentida pelo detentor do patrimônio.⁹

A tipificação do crime de infidelidade patrimonial funciona, assim, como um estímulo para a adequada implementação de regras de governança corporativa, na medida em que essas disposições servirão para guiar a forma e os limites de atuação daquele que detém um dever de salvaguarda no âmbito da atividade empresarial. A previsão das condutas que são permitidas ou vedadas nos Códigos de Ética e de Conduta de uma empresa, bem como a delimitação do modo como elas devem ser praticadas, são relevantes para reforçar o cumprimento normativo na pessoa jurídica ao tempo em que demarca a esfera possível de atuação de seu administrador.

A determinação da maneira como a responsabilidade social da empresa pode ser exercida, das bonificações passíveis de serem conferidas ao seu corpo diretivo, dos cenários que configuram conflito de interesse na atividade negocial e sobre a forma como os funcionários podem direcionar os recursos da pessoa jurídica em suas relações com atores da esfera pública e do setor privado constituem situações que a experiência internacional já enfrentou sob a ótica do crime de infidelidade patrimonial e que devem ser

objeto de regulamentação pelos códigos de governança corporativa para o fim de concretizarem os deveres de salvaguarda de seu administrador.¹⁰

Ao analisar o caso Siemens, por exemplo, o Tribunal Federal Alemão entendeu que caracteriza o crime de infidelidade patrimonial a criação de um caixa dois no âmbito da empresa, dado que essa conduta privou a sociedade da disponibilidade de seus bens. Nesse delito também incorreu aquele indivíduo que não criou o caixa dois, mas que após descobrir a sua existência se omitiu de fazer a comunicação ao setor interno responsável, uma vez que tal conduta compunha os seus deveres de velar pelos interesses patrimoniais do ente coletivo.¹¹ Apesar desta decisão ser criticada pela concepção estritamente jurídica conferida ao patrimônio, ela se revela importante por definir o caixa dois como uma atividade lesiva à empresa em razão de impedir o poder de disposição sobre os ativos, prática cuja vedação pode estar contida em seu Código de Conduta.¹²

Uma perspectiva jurídica do patrimônio, nada obstante não seja adequada isoladamente para sua melhor caracterização, identifica aquelas situações que refletem uma afetação ao poder de disposição do bem. Essa concepção repercute sobre o programa de *compliance* da empresa, porquanto a prevenção ao crime de infidelidade patrimonial demandará que sejam reguladas as condutas e atividades que representem uma ruptura do vínculo entre o patrimônio administrado e o seu titular, realidade que consubstancia um incremento da gestão empresarial por vedar o direcionamento de recursos a atividades passíveis de serem qualificadas como ilícitas.

Na medida em que o administrador pode vir a ser sancionado pelo abuso do poder de disposição do patrimônio alheio, a não realização de condutas capazes de ensejar prejuízos à empresa associa-se ao próprio agir de modo lícito. A tipificação do crime de infidelidade patrimonial surge, portanto, como um instrumento adicional para compelir a sociedade a estabelecer regras adequadas de governança corporativa e para aproximar os gestores de sua correta observância, realidade na qual os programas de *compliance* servirão para aprimorar a gestão da atividade negocial e favorecer a organização do ente coletivo.

NOTAS

¹ SAAD-DINIZ, Eduardo. Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em *compliance*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 988, p. 25-54, 2018, p. 48.

² NIETO MARTÍN, Adán. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. *Política Criminal*, v. 3, n. 5, 2008, p. 14.

³ FOFFANI, Luigi; NIETO MARTÍN, Adán. Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas de derecho comparado europeo. *Revista Penal, Valencia*, n. 17, p.110-141, 2006, p. 116 (tradução livre).

⁴ Não existe no ordenamento jurídico nacional um delito que apreenda a integralidade do injusto penal da infidelidade patrimonial e que, ao fazê-lo, proteja adequadamente o patrimônio alheio. O crime de gestão temerária, por exemplo, é exclusivo aos atos praticados no âmbito das instituições financeiras, tendo como sujeito passivo o Estado e tutelando um bem jurídico de caráter difuso. O crime de apropriação indébita, por sua vez, não demanda um dever especial em face do bem jurídico; o seu sujeito passivo não substitui o titular do patrimônio para geri-lo e está restrito às coisas móveis. GRANDIS, Rodrigo de. *O delito de infidelidade patrimonial e o direito penal brasileiro*. 2018. 286 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 187 e ss.

⁵ LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. O principal delito econômico da moderna sociedade industrial: observações introdutórias sobre o crime de infidelidade patrimonial. *Revista do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, Florianópolis, n. 1, p. 15-58, 2017, p. 24-25.

⁶ LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. *O principal delito...* Op. cit., p. 15.

⁷ LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Caixa dois como crime contra o patrimônio? Breves notas sobre o crime de infidelidade patrimonial. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 220-221.

⁸ GRANDIS, Rodrigo de, Op cit., p. 23-27.

⁹ PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. NIETO. El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal. *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, n. 194, p. 36-43, 2013, p. 41.

¹⁰ NIETO MARTÍN, Adán (Org.); LASCUARÍN SANCHEZ, Juan Antonio (Org.); GARCIA DE LA GALANA, Beatriz (Org.); FERNÁNDEZ PEREZ, Patricia (Org.); BLANCO CORDERO, Isidoro (Org.); SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.); GOMES, Rafael Mendes (Org.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 78.

¹¹ PASTOR MUÑOZ, Nuria; COCA VILA, Ivó. NIETO. La llevanza de cajas B y los pagos de corrupción a la luz del delito de administración desleal del nuevo art. 252. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 257-259.

¹² O mesmo entendimento é possível de ser realizado acerca de outra situação que configurou um delito de infidelidade patrimonial também no caso Siemens. Consiste no pagamento feito por um administrador dessa empresa a outros dois administradores de uma companhia privada italiana para obter o contrato de fornecimento de turbinas de gás (kick back). Tendo essa operação se realizado através do pagamento de um suborno com bens da própria sociedade, nela se identificou um dano patrimonial punível. LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Caixa dois como crime..., Op. cit., p. 225-226.

A EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO PRISIONAL

DISTANCE EDUCATION AS A MECHANISM FOR MATERIALIZE THE RIGHT TO PRISON EDUCATION

Patrícia de Paula Queiroz Bonato

Mestra em Direito e Desenvolvimento pela USP. Professora de Direito Penal da Faculdade de Educação São Luís de Jaboticabal – FESL. Professora convidada do Instituto Paulista de Estudos Bioéticos e Jurídicos – IPEBJ. Advogada.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7667452623061506>
ORCID: 0000-0002-1759-6870
patricia.bonato@usp.br

Júlia Pupin de Castro

Mestranda em Direito e especialista em Direito Público pela Unesp. Assistente ministerial.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0508416495206051>
ORCID: 0000-0001-7050-0770
juliapupin@yahoo.com.br

RESUMO

O presente trabalho pretende uma análise crítica do direito à educação prisional, analisando o perfil dos detentos que cumprem pena em regime fechado de reclusão, seu grau de escolaridade, bem como a realidade dos presídios brasileiros para atender às determinações da Lei de Execução Penal, conforme os artigos 11, inciso IV, e 17 ao 21, destacando-se de que maneira a modalidade EAD (educação a distância) tem ganhado espaço no contexto prisional e identificando as iniciativas pioneiras nesse sentido. Para tanto, realizou-se uma pesquisa eminentemente bibliográfica e documental, com análise qualitativa de dados oficiais do Infopen (relatório de informações penitenciárias de 2016) e de doutrinas e artigos científicos sobre o tema de execução penal e educação.

Palavras chave: Sistema Prisional. Direito à educação. Educação a distância.

ABSTRACT

This paper aims at a critical analysis of the right to prison education, analyzing the profile of detainees serving a prison sentence, their level of education, as well as the reality of Brazilian prisons to comply with the provisions of the Penal Execution Law which, in art. 11, item IV, and arts. 17 to 21, highlighting how the distance education (distance education) modality has space in prison context and identifying as pioneering initiatives in this regard. To this end, an eminently bibliographic and documentary research is carried out, with qualitative analysis of official data from Infopen (penitentiary information report 2016) and doctrines and scientific articles on the subject of criminal execution and education.

Palavras chave: Prison system. Right to education. Distance education.

Segundo o último relatório de informações penitenciárias-INFOPEN, o Brasil é o terceiro país no mundo com maior número de pessoas presas, confinando atualmente 726.712 pessoas, índice que o coloca atrás apenas dos Estados Unidos (2.145.100 presos) e da China, que conta com 1.649.804 presos (BRASIL, 2016, p.11). Nosso sistema prisional apresenta, é sempre importante ressaltar, um déficit de 358.663 vagas.

O perfil da população que cumpre pena- provisória ou definitiva- no país permanece o mesmo: a maioria da população (55%) presente no sistema é composta por jovens de até 29 anos, negros (64%), com baixo grau de escolaridade (75% da população prisional brasileira sequer acessaram o ensino médio).

Nesse contexto, um dos maiores desafios enfrentados atualmente pelo Estado brasileiro no que tange à execução penal é, sem dúvidas, o de reduzir a superlotação nos presídios para que seja possível cumprir o conteúdo de direitos e deveres previstos na Lei de Execução Penal (LEP)7.210/84 e, assim, alcançar minimamente

as finalidades propagadas da pena.

Identificar as funções da pena-prisão representa uma construção filosófico-jurídica, que varia conforme a concepção de Estado em um determinado momento histórico e tem por objetivo conferir certa aparência de racionalidade à execução penal (BITENCOURT, 2011, p. 113).

Entre as teorias que fundamentam a pena na necessidade de se prevenir delitos¹ destaca-se a função preventiva especial positiva, cujo enfoque é o indivíduo preso, com vistas ao seu convencimento para que não volte a delinquir e, assim, se reinsira na vida social após o cumprimento de sua pena. Historicamente, atribui-se à prevenção especial uma importância ímpar: pela primeira vez, as teorias da pena direcionaram a preocupação ao indivíduo preso e não mais ao crime enquanto fato jurídico (GOMES, 2008, p. 115).

Nesse contexto, e com vistas à reinserção social ou ao menos a não dessocialização do indivíduo preso, o Estado não deve medir esforços para orientá-lo minimamente no retorno ao convívio

social.

Entre os direitos que devem ser assegurados durante o cumprimento da pena privativa de liberdade encontra-se o da assistência à educação, que compreende a instrução escolar e a formação profissional do preso. No contexto prisional, a garantia de educação compreende mais que um direito: trata-se de verdadeira medida de justiça social diante do baixo nível de escolaridade dos indivíduos que compõem o perfil, por excelência, do sistema de justiça criminal.

A Lei de Execução Penal estabelece a obrigatoriedade apenas do ensino fundamental (antes da Lei de Diretrizes e Bases n. 9.394/06, denominado de 1º grau); porém, recentemente a Lei 13.163/2015 alterou a LEP, prevendo igualmente a implantação do ensino médio nos presídios, em obediência ao preceito constitucional de sua universalização. No entanto, a oferta de educação nesse nível depende de infraestrutura e disponibilidade de professores, bem como de demanda da população prisional.

Assim, uma das propostas que vem ocupando o centro dos debates é a ampliação das possibilidades de remição da pena pelo estudo e por outras formas de desenvolvimento pessoal dos presos, que compreendem atividades de alfabetização, de ensino em diversos níveis (fundamental ao superior), cursos técnicos, bem como outras complementares (remição pela leitura, esporte, videoteca, cultura).

A remição da pena pelo estudo ou pela leitura era uma questão polêmica que, apesar de não ser expressa em lei, constituía-se em uma possibilidade majoritariamente aceita pela doutrina e jurisprudência (vide Súmula 341 do Superior Tribunal de Justiça).² Atualmente, a discussão foi resolvida em definitivo por meio da Lei 12.433/2011, que normatizou a remição pelo estudo: segundo o art. 126 da LEP, a contagem do tempo da remição se dá na proporção de um dia de pena para cada 12 (doze) horas de frequência escolar, divididas no mínimo em 3 (três) dias.

Em consonância com a Recomendação 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça tem firmado jurisprudência no sentido de ampliar as possibilidades de diminuição da pena com vistas à reinserção social, a exemplo da leitura monitorada, pela qual o preso precisa produzir resenha sobre a obra lida (STJ Notícias, 2017).

A despeito do avanço legislativo, o fato é que apenas 12% da população prisional no Brasil estão envolvidos em algum tipo de atividade educacional, seja relacionada ao ensino escolar ou a atividades complementares (INFOPEN, 2016, p. 53).

As razões para o baixo índice de acesso às atividades educacionais não foram apuradas pelo levantamento nacional realizado no sistema INFOPEN, o que impossibilita uma percepção completa acerca da infraestrutura das salas de aula, número de professores, existência de bibliotecas nos presídios, etc.

A despeito da opacidade³ dos dados prisionais, é inegável que, no âmbito da educação nacional, as novas tecnologias demarcam, a cada dia, um caminho de novas possibilidades de ensino-aprendizagem, que rompem com o paradigma tradicional de tempo e espaço do ensino presencial.

A chamada educação a distância (EaD) é uma modalidade de ensino antiga, experimentada ao longo dos dois últimos séculos para levar o conhecimento àqueles que se encontravam distantes dos grandes centros de ensino, fosse por meio de cartas, rádio, televisão (ANDRADE, 2018, p. 9).

Nos dias de hoje, essa modalidade de educação tem conquistado espaço nos processos de aprendizagem ao redor do mundo inteiro, possibilitando a formação das pessoas em todos os níveis, inclusive de pós-graduação.

Salas de aula virtuais nos presídios: desafios e possibilidades

As escolas prisionais tradicionais enfrentam problemas quanto à infraestrutura, cuja arquitetura, na maioria dos casos, é composta de espaços que foram adaptados, e não propriamente planejados para oferecer atividades de ensino (FERREIRA, 2018, p. 452).

Na modalidade EaD, a troca de conhecimentos se realiza no chamado ambiente virtual de ensino-aprendizagem (AVEA), que é o espaço virtual onde são transmitidas as aulas, armazenados materiais didáticos e abertos canais de comunicação *online* com professores e tutores. Nesse sentido, os obstáculos tradicionais do ambiente prisional (em que predomina a lógica da segurança e da vigilância ostensiva) podem agora ser superados para dar espaço à educação inclusiva.

No Brasil, o Estado do Paraná foi pioneiro na oferta de cursos a distância em presídios. Em 2011, o governo estadual, com auxílio de parcerias, implementou o programa Educação sem Distância, com aulas voltadas à preparação para o Exame Nacional do Ensino Médio, o Enem, ofertadas tanto para presos quanto para funcionários e egressos do sistema. As aulas foram ministradas pela Escola de Educação em Direitos Humanos (ESEDH) e transmitidas nas celas ou em telessalas instaladas nas unidades prisionais (CARVALHO, 2017).

Atualmente, além do Paraná, os Estados do Piauí e do Rio Grande do Norte também disponibilizam o ensino a distância nos presídios, sendo este último o precursor da implantação da modalidade em presídios federais.

Segundo informações do Departamento Penitenciário do Paraná, o Estado conta nos dias atuais, com um índice de 47,72% dos presos exercendo algum tipo de atividade educacional, posicionando-se atrás apenas do Piauí, que apresentou um crescimento considerável nos percentuais de educação, contando hoje com 40% de condenados estudando (BRASIL, 2019).

Conclusões

Como se vê, a lógica da EaD transpõe a ideia de tempo e de confinamento em um espaço, pois adequa-se à flexibilidade de horários e à distância física dos professores, salas de aula e demais equipamentos de educação.

O ensino a distância no contexto prisional é duplamente inovador: primeiro porque efetiva o mandamento constitucional de democratização da educação, dever do Estado, e também porque viabiliza a possibilidade de remição da pena, nos moldes previstos na Lei de Execução Penal, ao mesmo tempo em que oportuniza condições mais concretas para o alcance da tão pretendida reinserção social.

Ao proporcionar aos apenados uma chance real de reinserção na sociedade, por meio da capacitação profissional aliada ao desenvolvimento pessoal, o ensino a distância se consolida como uma política pública verdadeiramente condizente com a finalidade de se evitar a reiteração criminosa por meio da reeducação e ressocialização (teoria preventiva especial positiva da pena), o que pode contribuir, ao cabo de sua execução, para a inclusão dos indivíduos no mercado de trabalho ou mesmo para a continuidade nos estudos.

NOTAS

¹ As teorias preventivas são aquelas que orientam a finalidade da pena para futuro, isto é, a fim de evitar a prática de delitos e podem ser classificadas em geral e especial. A prevenção geral se destina à coação psicológica como forma de controle social e pode ser dividida em positiva e negativa, sendo que a primeira se dá pela intimidação daquele que não cometeu o delito e a segunda, prevenção geral negativa, ocorre pela criminalização daquele que cometeu o ilícito. Por sua vez, a prevenção especial se direciona ao indivíduo que delinuiu de modo que se evite a reiteração criminosa. Ela também é dividida em positiva e negativa, sendo positiva aquela que visa a reeducação e ressocialização do indivíduo que praticou ilícito penal, ao passo que a negativa busca a imposição

de punição mais severa.

² É a redação da Súmula 341: "A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto".

³ Renato Sérgio de Lima, ao realizar uma análise sociológica das estatísticas governamentais em matéria de justiça criminal e penitenciária, compreende que os dados existem, mas que estes não se transformam em informação ou conhecimento devido à opacidade, que é determinada não por aspectos técnicos, mas sim "políticos que deem conta de atribuir responsabilidades e resolver conflitos" (LIMA, 2008, p. 66).

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Izabel Rego de. *Aprendizagem na modalidade de educação a distância*. 1. ed. Curitiba: IESDE Brasil, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias- INFOPEN*, Junho/2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf> Acesso em: 17 jun. 2019.

CARVALHO, Grasielle B. V. de; MOTA, João L. M. dos S.; ROSENDO, J. V. Educação à distância intramuros como política pública de reintegração social: uma necessária releitura à luz da teoria agnóstica da pena. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 154, p. 105-129, abril/2019.

CARVALHO, Grasielle Borges Vieira de. et al. Educação a distância no sistema carcerário: uma releitura da pena privativa de liberdade e mecanismos de reinserção social. In: III *SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA EM PRISÃO, 2017*, Pernambuco. Anais. Pernambuco: UFPE. Disponível em: <<http://www.prisoos2017.sinteseeventos.com.br/arquivo>> Acesso em: 18 jun. 2019.

FERREIRA, Marcelo de Mesquita. Educação a distância para sistemas prisionais: um estudo sobre a implementação da EaD na escola da prisão. *EmRede- Revista de Educação a distância*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, 2018. Disponível em: <<https://www.aunireded.org.br/revista/index.php/emrede/article/view/385/392>> Acesso em: 17

jun. 2019.

GOMES, Marcus Alan de Melo. *Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LIMA, Renato Sérgio de. A produção da opacidade: estatísticas criminais e segurança pública no Brasil. *Novos estud.* - CEBRAP, São Paulo, n. 80, p. 65-69, Mar./2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002008000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 3 fev. 2020.

Música, livros e ressocialização: possibilidades de remição de pena na visão do STJ. *STJ Notícias*, Brasília, out. 2017. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/M%C3%BAAsica,-livros-e-ressocializa%C3%A7%C3%A3o:-possibilidades-de-remi%C3%A7%C3%A3o-de-pena-na-vis%C3%A3o-do-STJ. Acesso em: 16 jun. 2019.

Secretaria da Segurança Pública e Administração Penitenciária do Paraná. Departamento Penitenciário- DEPEN. Paraná está entre os primeiros em número de presos que estudam. *DEPEN Notícias*, Paraná, 03/05/2019. Disponível em: <<http://www.depen.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=378&blid=15&tit=Parana-esta-entre-os-primeiros-em-numero-de-presos-que-estudam>> Acesso em: 18 jun. 2019.

Recebido em: 27/06/2019 - Aprovado em: 18/11/2019 - Versão final: 13/02/2020

A DELAÇÃO PREMIADA COMO UM CAVALO DE TRÓIA DO PLEA BARGAINING: UMA SUMÁRIA ANÁLISE DOS RISCOS INERENTES ÀS TRADUÇÕES JURÍDICAS

THE REWARDED DELATION AS A PLEA BARGAINING TROJAN HORSE: A SUMMARY ANALYSIS OF THE INHERENT RISKS TO THE LAW TRANSPLANT

Luiz Antonio Inocente Israel

Discente do curso de direito da PUC/PR
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-73546053>
inocente.140813@icloud.com

RESUMO

O presente estudo delinea-se pela dicotomia entre o sistema adversarial e o modelo romano-germânico, denunciando que a recente prática de importar instrumentos de dada tradição jurídica pode acarretar consequências imprevisíveis. A partir de vasta pesquisa bibliográfica e com esteio no método dedutivo, a proposta pretende se valer da tradução do instituto da colaboração premiada para o Brasil, para fins de desvelar a corrupção de significado do mecanismo, notadamente porque em território nacional não vem assumindo um propósito epistêmico como o era esperado. Assim, a consecução do presente trabalho importa em demonstrar a transfiguração da delação premiada em um novo modelo de justiça criminal, o que extrapola os limites constitucionais de adequação jurídica.

Palavras chave: Colaboração premiada. Processo epistêmico. Traduções jurídicas.

ABSTRACT

The present study outlines the dichotomy between the adversarial system and the Romano-Germanic model, denouncing that the recent practice of importing instruments from a given legal tradition may have unforeseeable consequences. A partir de vasta pesquisa bibliográfica e com esteio no método dedutivo, a proposta pretende se valer da tradução do instituto da plea bargaining para o Brasil, for the purpose of unveiling the corruption of the meaning of the mechanism, which in the national territory has not assumed an epistemic purpose as expected. Thus, the accomplishment of the present work is important in demonstrating the transfiguration of the plea bargaining in a new model of criminal justice, which goes beyond the constitutional limits of legal adequacy.

Keywords: Plea bargaining. Epistemic process. Legal translations.

Desde **Posner** há uma crescente demanda por uma análise econômica do direito,¹ consequência inexorável da globalização e ascensão do liberalismo econômico. O direito processual não é uma exceção, e, desde a criação do banco internacional, tem-se exigido dos países reformas cada vez maiores a fim de garantir uma maior efetividade no sistema jurisdicional, sobretudo em relação à morosidade judicial na América Latina.²

Essa busca por eficiência no sistema de justiça eleva a pacificação do conflito ao cerne da função jurisdicional, passando-se a adotar critérios utilitaristas, muitas vezes em detrimento dos escopos do processo.³ Por consectário, o que se observa é uma expansão desmedida dos espaços de consenso na seara penal, culminando na criação de institutos que flexibilizem o devido processo e deem maior efetividade à aplicação rápida da pena.⁴

Em consequência criam-se institutos ligados a essa finalidade, buscando minimizar os ônus da persecução penal em prol de uma utilidade desenfreada em termos de tempo e recursos, mormente em razão da sociedade imediatista que se tem hoje.⁵

A proposta do presente estudo não é analisar a expansão dos espaços de consenso na seara penal, mas o desvirtuamento que tem ocorrido em alguns institutos criados com uma finalidade substancialmente epistêmica, mas que acabou por tornar-se um *fast track* em favor do utilitarismo.

Inserir-se aqui a delação premiada – ou colaboração premiada⁶ – que, como se demonstrará, não serve a essa finalidade economicista, sendo apenas mais um instrumento epistêmico do processo, válido à elucidação de casos complexos cuja persecução pelos mecanismos costumeiros não seja capaz de fazê-lo.⁷ Não obstante, como fruto inarredável desse cenário em expansão, o que se tem observado é o desvirtuamento do instituto da delação premiada, que, na prática, tem se comportado como um sinônimo da *plea bargaining* norte-americana.

Justamente por isso é que se defende hodiernamente a existência de dois tipos de justiça penal paralelas no Brasil: uma calcada no modelo epistêmico (*due process of law*) e outra, totalmente oposta, amparada no modelo adversarial.⁸

Longe de adentrar nas implicações constitucionais que essa realidade impõe, o que se pretende é constatar se a existência mútua dos dois modelos é capaz de tornar um preterível em relação ao outro, de modo que, ao passar do tempo, o devido processo seja tão influenciado pelo modelo negocial, que já não mais comportará essa definição.

Preambularmente é necessário compreender, que o modelo epistêmico, embora não seja alheio à busca da verdade, também não

a tem como finalidade precípua, sendo apenas um método racional de reprimir o desvio punível, ao passo que inviabiliza ao máximo a condenação de inocentes.⁹ Isso não quer dizer, de toda sorte, que sujeitar-se à persecução penal por meio de um devido processo não importe em riscos, mas apenas que esses são reduzidos ao máximo para fins de evitar o arbítrio irracional.

Goldschmidt,¹⁰ que trabalha muito bem as categorias de riscos inerentes ao processo, defendeu a tese de que este (o processo) constitui-se por um complexo de situações jurídicas das quais surgem cargas e oportunidades às partes, que, devidamente aproveitadas, lhes acarreta uma perspectiva de decisão favorável (o contrário também é verdadeiro). Com efeito, a dinâmica processual pode alterar-se continuamente a depender tanto das posições das partes como também da postura do juiz. Nesse passo, por exemplo, a desistência de determinada prova por uma das duas partes (réu ou acusação), assim como o seu indeferimento pelo juiz, poderão resultar em sentença desfavorável ao réu.

Nem com **Goldschmidt** e nem tampouco sem ele, defendemos o processo como um instrumento que deve necessariamente subordinar-se à ordem constitucional, assim como atenção aos escopos que lhe dão legitimidade.¹¹ Justamente por isso é que se acredita no modelo epistêmico como o mais capacitado ao alcance de tais finalidades.

O modelo adversarial (do qual se deriva o negocial)¹², por sua vez, despreza esses escopos e não se interessa propriamente pela verdade, confundindo-se muito mais com a *praxes* de um jogo, onde não basta ter razão, mas saber expô-la e encontrar um juiz que queira dá-la.¹³

Com efeito, é nesse cenário que a delação premiada navega, na linha tênue entre o devido processo e o processo como jogo.¹⁴ Fazendo uma leitura constitucional do instituto,¹⁵ poder-se-ia defender um mecanismo pelo qual, com o auxílio de um dos integrantes da própria organização criminosa, se extraí *fragmentos da verdade*¹⁶ e a insere no procedimento persecutório a fim de aumentar o *saber* do juiz sobre determinado fato, enfatizando um provimento final mais justo.¹⁷ Noutro giro, analisando o instituto da forma como ele realmente tem se apresentado, não há como negar a existência de um modelo de justiça penal que não seja o epistêmico, notadamente quando numa mesma operação 40% dos condenados são delatores.¹⁸

Nesse novo modelo, em que a delação premiada teria se tornado sinônimo de barganha, onde sua função precípua desvirtuou-se da obtenção da verdade para uma rápida resolução do caso penal e imposição da pena, tem-se não só uma realidade adversarial legalmente instituída em contrassenso ao sistema garantista imposto pela CR/88, mas um verdadeiro mecanismo pelo qual se reascende

a fogueira da inquisição, mormente quando nesse procedimento se concentram os poderes instrutórios e decisórios nas mãos de um mesmo órgão.¹⁹

O problema não para por aí e vai muito além das conclusões de **Badaró**²⁰ de que existem dois modelos de justiça penal correndo em paralelo no Brasil, pairando sobre a influência que um modelo exerce sobre o outro, notadamente em virtude dos atores que neles atuam.

Como bem explica **Morais da Rosa**,²¹ cada um dos atores que lidam com o processo tem suas próprias convicções e formas de tomar decisão, empregando-as em seus meios para alcançar suas próprias finalidades.²² Nesse sentido, o *parquet* que não pode deixar de ser visto como parte, quer a condenação a qualquer custo, enquanto o réu a absolvição. O advogado deseja a melhor solução para o caso de seu cliente e o juiz, por sua vez, acaso não esteja rigorosamente dirigido a um fim epistêmico, deseja resolver logo o processo e da forma mais efetiva possível.

Assim, a barganha empreendida dentro do *jogo* da colaboração premiada atrai todos esses atores e os convence de que é o meio menos oneroso de alcançar paulatinamente uma concatenação entre todas as perspectivas sobre o caso penal.²³ O acusador se livra da imensa carga processual que carrega sob a presunção de inocência na medida em que o réu sai de sua posição de resistência para também colaborar com a *justiça*. O réu, que sai de sua posição de resistência, o faz em busca de uma pena menor em relação a que teria de inicialmente cumprir acaso fosse condenado nos exatos termos apresentados pelo Ministério Público. Seu advogado trabalha em termos de redução de danos, empenhado no esquema de **Nash**.²⁴ E o Juiz, por fim, limita-se a homologar a decisão *consensual* de ambas as partes, sendo compelido – quando não é o caso de redução – à pena pré-estabelecida pelo ministério público, uma vez que, do contrário, vilipendiaria o termo acordado e do qual se originou o meio de prova (declarações do delator), contaminando-o e inutilizando.²⁵

Essa realidade de facilitação para todos os envolvidos deixa clara a predileção dos atores jurídicos pelo novo modelo, que se mostra

muito mais efetivo numa perspectiva econômica. Nos EUA, por exemplo, onde o *plea bargainig* é uma realidade, estudos demonstram é tamanha predileção pelo instituto, que apenas um em cada dez casos penais vão para o júri.²⁶

De acordo com o que vem acontecendo diariamente, não é de se duvidar que paulatinamente essa mesma realidade vá se instaurando em *terras brasílicas*, mormente pela própria atuação de todos os envolvidos,²⁷ que certamente não de enrijecer o devido processo legal (maximização dos riscos delineados por Goldschmidt) para compelir os jurisdicionados ao instrumento que desvia todo o moroso procedimento em contraditório para uma resolução rápida: a delação premiada.

Essa predileção, com efeito, tem consigo o potencial efeito de romper com o paradigma do processo enquanto caminho necessário para chegar-se à pena,²⁸ pois a tradução de um *mec anismo* adversarial à uma cultura jurídica inquisitória, que luta por alcançar as linhas garantistas traçadas pela CR/88, pode impor um colapso em todo o sistema, gerando uma nova percepção do fenômeno processual. () Assim, vai-se facilmente do modelo epistêmico ao adversarial sem muito embargo, o que constitui um retrocesso no que tange aos escopos do devido processo legal.

Não se está por questionar a viabilidade do instituto da *plea bargainig* no ordenamento jurídico brasileiro (embora a discussão seja bastante válida), mas sim a legitimidade democrática deste ter sido inserido sob a máscara de um mecanismo substancialmente diferente, como a delação premiada, fazendo surgir a pergunta: será esse o cavalo de Tróia, que destruirá completamente uma das maiores garantias do Estado Democrático como o é o devido processo legal?

Espera-se que não. Mas, para isso, é necessário tomar conta de que o instituto da colaboração premiada é um meio de obtenção de prova voltado à elucidação de fatos e ampliação do conteúdo decisório é tão somente, deixando a discussão sobre a barganha da pena (como finalidade) aos projetos de lei que se propuserem a trazê-la.

NOTAS

¹ Sobre o tema: ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JÚNIOR, Júlio. *O processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 40-51.

² Como bem aponta Alexandre Morais da Rosa e Julio Cesar Marcellino Junior, desde a década de noventa, a legislação processual civil tem sido alvo de reformas que prometiam acabar com o problema da morosidade judiciária. O ápice de tais reformas foi a aprovação da emenda constitucional 45, que elevou ao status de garantia fundamental a razoável duração do processo. Longe de ser uma conquista democrática, a aprovação da emenda nada mais foi que uma imposição do Banco Mundial, através do documento técnico 319, que traçava os "elementos para a reforma" voltado para "o setor judiciário da América Latina". ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JÚNIOR, Júlio. *Op. Cit.* p. 18-19.

³ Lembrando que o processo não é um simples mecanismo pelo qual se impõe a pena, mas um instrumento pelo qual o Estado se vale para garantir atenção aos seus próprios escopos. Sobre o tema, ver: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 150. Em sentido similar: MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 2.

⁴ Sobre o tema na literatura nacional: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

⁵ Sobre a incompatibilidade do tempo de um devido processo com o tempo que a sociedade espera da punição, ver: MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 54.

⁶ O presente artigo usará irrestritamente os termos delação e colaboração premiada como sinônimos, em que pese parte da doutrina entenda que não o sejam. Para uma análise da dicotomia: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 57-60; LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*: volume único. 6. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 707-708. No mesmo sentido que o ora empregado: BITTAR, Walter B. O problema do

conteúdo da valoração do depoimento dos delatores diante do conceito de justa causa para o regular exercício da ação penal. In: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 225-251, jan./abr. 2017, p. 229.

⁷ De toda sorte, é importante ter em mente que, mesmo no modelo epistêmico, a delação premiada coaduna com a lógica utilitária, pois representa uma forma de esclarecer rapidamente fatos que poderiam levar anos caso fossem utilizados outros meios de obtenção de prova. Mas, mesmo que de certo modo ancorada no utilitarismo, não o tem como vetor para a barganha da pena, embora a use como meio para sua finalidade precípua.

⁸ Reconhecendo a existência de dois modelos de justiça criminal vigentes no Brasil: BADARÓ, Gustavo Henrique. *A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica*. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Colaboração Premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 136.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1989, p. 537.

¹⁰ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos do processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 52-54. Sobre o tema na doutrina nacional: LOPES JÚNIOR, Aury Celso. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 195-202.

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.*, p. 150.

¹² LANGE, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal. *DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 19, dez. 2017. ISSN 2526-5180. Disponível em: <<http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>>. Acesso em: 18 jun. 2019, p. 49-53.

¹³ CALAMANDREI, Piero. *O processo como jogo*. In: CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. v. 3. 2. ed. Campinas: BookSeller, 2003, p. 227.

¹⁴ A expressão é inspirada no famoso artigo "o processo como jogo" CALAMANDREI, Piero, *Op. cit.*, p. 125-156.

- ¹⁵ Embora pretérito à edição da Lei 12.850/13, parte da doutrina já analisava a incompatibilidade do instituto com uma leitura constitucional, observando-se os limites éticos do Estado: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 17, n. 1, p. 95-106, jan./mar. 2007. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=60151>. Acesso em: 17 jun. 2019. De se destacar, todavia, que a posição ali adotada não foi seguida pela doutrina.
- ¹⁶ A finalidade é buscar esses fragmentos, ainda que essa conclusão não seja sempre possível, haja vista os interesses em jogo dos delatores, o que potencializa o risco de inverdades.
- ¹⁷ BADARÓ, Gustavo H. Editorial dossiê "prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos". *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, jan./abr. 2018, p. 49. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/138/117>>. Acesso em: 17 jun. 2019.
- ¹⁸ PÁDUA, Luciano. Dos 163 condenados da lava jato de Curitiba, 40% são delatores. JOTA, São Paulo, 15.04.2019. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/justica/lava-jato-curitiba-condenados-delatores-15042019>. Acesso em: 17 jun. 2019.
- ¹⁹ No mesmo sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique, Op. Cit., p. 143.
- ²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique, Op. Cit., p. 136.
- ²¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 5. ed. Florianópolis: EMais Editora, 2019, p. 194-195.
- ²² Como destaca Calamandrei, nem sempre a vontade das partes em litígio confundir-se-á com a justiça da decisão, mormente porque carregam em si

interesses mais limitados e vergonhosamente mais egoístas: CALAMANDREI, Pierro. O processo como jogo. In: CALAMANDREI, Pierro. *Instituições de direito processual*. v. 3. 2. ed. São Paulo: BookSeller, 2003, p. 228.

- ²³ Em sentido similar: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LOPES JÚNIOR, Aury Celso; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Delação premiada no limite: a controversa justiça negocial made in Brazil*. Florianópolis: EMais Editora, 2018, p. 63-65.
- ²⁴ Sobre antever os riscos e trabalhar numa metodologia de contenção de danos ver: MORAIS DA ROSA, Alexandre, Op. Cit., p. 280-283.
- ²⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LOPES JÚNIOR, Aury Celso; MORAIS DA ROSA, Alexandre, Op. Cit., p. 48. Importante destacar, de toda sorte, que o juiz não está obrigado a homologar o acordo, mas seria imprudente não reconhecer certa tendência à homologação para a resolução rápida do caso penal em virtude de seus próprios interesses.
- ²⁶ LOPES JÚNIOR, Aury Celso. Adoção do plea bargaining no projeto "anticrime": remédio ou veneno? *Revista Consultor Jurídico*, 22.02.2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimere-medio-ou-veneno>>. Acesso em: 17 jun. 2019.
- ²⁷ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de, Op. Cit., p. 161.
- ²⁸ Em sentido análogo, Armenta Deu já afirma o possível desaparecimento do processo em razão da expansão da barganha: ARMENTA-DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 284.
- ²⁹ LANGER, Máximo, Op. Cit., p. 77.

Recebido em: 28/06/2019 - Aprovado em: 29/09/2019 - Versão final: 15/02/2020

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E OS PRECEDENTES VINCULANTES NO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE AND BINDING PRECEDENTS IN CRIMINAL LAW AND CRIMINAL PROCEDURE

Marcio Evangelista Ferreira da Silva

Doutor em Direito – Uniceub/DF (2019). Mestre em Direito – Uniceub/DF (2013). Professor de Direito Penal - IESB/DF (2004). Juiz de Direito - 2ª Vara Criminal de Brasília/TJDFT (2003)

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2036864260942055>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8427-0099>

marcio.efs@gmail.com

RESUMO

O artigo analisa como o Superior Tribunal de Justiça está aplicando os precedentes vinculantes, após ao advento do novo Código de Processo Civil no direito penal e processual penal. O problema apresentado para a pesquisa foi se o Superior Tribunal de Justiça, enquanto corte de precedentes, respeita os precedentes horizontais e verticais, bem como produz precedentes para a uniformização do direito e, por conseguinte, traz maior segurança jurídica ao ordenamento jurídico. Foi apresentado um questionário aos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, bem como realizou-se uma análise de casos

ABSTRACT

The article examines how the Superior Court of Justice is applying binding precedents after the advent of the new Code of Civil Procedure in criminal and procedural criminal law. The problem presented for the research was whether the Superior Court of Justice, as a precedent court, respects horizontal and vertical binding precedents, as well as producing binding precedents for the uniformity of law and, therefore, brings greater legal certainty to the legal system. A questionnaire was presented to the Ministers of the Superior Court of Justice, as well as an analysis of cases judged by the special court and the

julgados pela corte especial e pela terceira seção. Ao final, conclui-se que há em andamento uma alteração do sistema jurídico brasileiro, pois os ministros estão aplicando os precedentes vinculantes em seus julgamentos, o que pode acarretar maior previsibilidade, igualdade e segurança jurídica.

Palavras chave: Precedentes. Segurança Jurídica. Penal.

third section. In the end, it is concluded that there is an ongoing change in the Brazilian legal system, as the ministers are applying the binding precedents in their judgments, which may lead to greater predictability, equality and legal certainty.

Keywords: Binding Precedents. Legal security. Criminal.

Introdução

O presente artigo aborda, ainda que indiretamente, a questão de como os magistrados pensam e decidem. Tal tarefa não é fácil e incomoda juristas, leigos, políticos e particularmente o âmbito acadêmico. Trata-se de assunto tormentoso e, nos dias atuais, o tema é difundido nos bancos das universidades e estudos acadêmicos.

Sobre o tema, pode-se fazer uma indagação fundamental, qual seja: Quando decidem litígios, os magistrados consideram-se obrigados a seguir os standards¹ predeterminados? A indagação perpassa pelo cerne do presente estudo, qual seja, os precedentes vinculantes no direito brasileiro da atualidade.

O tema é de grande importância no direito, no sistema de justiça. O problema que se apresenta é: O Superior Tribunal de Justiça (STJ), enquanto corte, respeita os precedentes horizontais e verticais, bem como produz precedentes para a uniformização do direito e, por conseguinte, traz maior segurança jurídica ao ordenamento jurídico?

Para responder a problemática propõe-se a seguinte hipótese: O STJ diante das alterações legislativas, realmente aplica e obedece aos precedentes vinculantes e, assim, respeita os precedentes horizontais e verticais, o que redundará na uniformização do direito com segurança jurídica.

Destarte, busca-se demonstrar como o STJ está abordando a teoria dos precedentes na prática. Para tanto, é realizada uma introdução sobre o STJ como corte de precedentes, apresenta-se uma pesquisa realizada² com os Ministros,³ bem como estudos de casos⁴ de importância para o tema, qual seja, precedentes vinculantes.

Os casos foram escolhidos com um recorte simples, qual seja, os últimos cinco casos julgados pelos Ministros. Os resultados são apresentados em uma análise entrelaçada com a doutrina específica sobre o tema. Ao final, conclui-se que o STJ está aplicando a teoria dos precedentes no direito penal e processual penal, pois, enquanto corte de precedentes, respeita os precedentes horizontais e verticais, bem como produz precedentes para a uniformização do direito.

1. A corte de precedentes brasileira

O Brasil apresenta, no mínimo, duas cortes de precedentes: Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), com competências materialmente distintas. As cortes superiores, segundo **Piero Calamandrei**, têm a função de garantir a uniformidade da jurisprudência (apud TARUFFO, 2014, p. 13). No entanto, ao analisar a fala do citado mestre, pode-se dizer que se refere às cortes como "corte de precedente". As cortes deveriam impor a exata interpretação da lei como cânones para os casos subsequentes, ou seja, em sua visão de qual seria a função das cortes, hoje seria a função das cortes de precedentes e, enfim, "pode-se falar de nomofilaquia através do precedente para indicar que a função típica de uma corte suprema é a de garantir o respeito uniforme à lei, através de decisões generalizáveis e projetadas para o futuro" (TARUFFO, 2014, p. 14).

Historicamente as cortes de cassação possuíam competência para afastar decisões quanto a sua interpretação e à aplicação da lei, sempre com o foco, o pressuposto de que a decisão cassada

foi proferida em *contravention* expresse *au texte de la loi*. Assim, as cortes passaram a analisar a questão do direito, sobre a violação do direito, deixando aos tribunais ordinários o julgamento dos fatos. Com o passar do tempo, as decisões dos tribunais de cassação deixaram de ter força persuasiva, pois ao demonstrarem na decisão a questão do direito, cassando qualquer decisão contrária a tal entendimento, passaram a ter força vinculativa, obrigatória, definindo a interpretação correta da lei e garantindo uniformidade (MARINONI, 2013, p. 50-52).

No Brasil, assim como em muitos países que adotam o sistema jurídico da família da *civil law*, há uma certa distância entre o texto legal e a norma que se extrai no ato de interpretação e aplicação. E mais, com a força do constitucionalismo, bem como com a evolução das teorias de interpretação, os tribunais passaram, ao lado do Poder Legislativo, a desenvolver o direito por meio da teoria dos precedentes. Com a Constituição Federal de 1988 (CF), conferiu-se ao STJ o papel central na uniformização do direito brasileiro. No entanto, notou-se um desrespeito ao entendimento da corte por parte dos juízes, ou seja, faltava autoridade nas decisões.

O desrespeito às decisões do STJ revela falta de coerência e ofende a igualdade e a segurança jurídica. Com efeito, a liberdade do juiz em decidir, quando contrária ao entendimento da corte, "nega a liberdade do cidadão, uma vez que esse, para se ver livre, deve poder prever as consequências jurídicas de suas condutas" (MARINONI, 2013, p. 68-74).

Ora, o juiz não é livre para decidir, pois a ordem jurídica necessita garantir a "coexistência social" e, portanto, a atividade judicial deve se desenvolver na aplicação das normas para assegurar um Estado organizado para a sociedade e para o indivíduo (BRUNO, 1967, p. 11). Como dito, o "Poder Judiciário não pode ser independente, no sentido de irresponsável, ou não prestar contas à sociedade, aos cidadãos, no que diz respeito à máquina judicial. Se quisermos livrar os juízes do controle dos cartórios, dos lobbies, das pressões corporativas, é preciso colocá-los ombreados com a cidadania" (LOPES, 2002, p. 76).

Assim, a corte de precedentes deve estar atenta às alterações sociais e, assim, proferir decisões com o intuito de propiciar ao sistema jurídico brasileiro previsibilidade e segurança jurídica em manifestações coerentes e consonância aos anseios da sociedade. Por conseguinte, os juízes devem respeitar os precedentes, pois de nada adiantaria uma corte de precedentes fixar um entendimento e, logo em seguida, ser desprezada por juízes da mesma corte e de cortes inferiores.

Ao STJ cabe "identificar, entre as várias normas jurídicas extraíveis do texto legal, aquela que está de acordo com os valores da sociedade e do Estado". Assim, deixou de ser o órgão que simplesmente se submete à lei, sendo, sem dúvidas, um poder atuante que define o sentido do direito, fazendo com que sua decisão integre a ordem jurídica e vincule seus pares e os magistrados hierarquicamente inferiores, enfim, uma corte de precedentes. Por óbvio que todos os juízes podem definir o sentido do direito em complemento ao texto do legislador, entretanto, somente se o STJ não se pronunciou sobre o tema, já que só a este cabe definir e "dar unidade aos conteúdos acrescidos ao texto da lei" (MARINONI, 2013, p. 76-77 e 155).

2. A pesquisa com os ministros do superior tribunal de justiça

No início do presente artigo mencionou-se que se abordaria, ainda que indiretamente, a questão de como os magistrados pensam e decidem. Como parte de tal tarefa, foi elaborado um questionário e apresentado aos Ministros do STJ que julgam causas afetas ao direito penal e processual penal.⁵

O questionário apresentado foi elaborado no intuito de direcionar, com precisão, que informações seriam necessárias para o objeto da pesquisa (FONSECA, 2009, p. 85). No questionário, as possibilidades de respostas apresentam-se com a técnica de medida de atitude, pois são analisadas as posições de aceitação ou rejeição a respeito do tema pesquisado, a saber: os precedentes vinculantes (FIGUEIREDO; SOUZA, 2008, p. 118).

Formulou-se um questionário objetivo com o intuito de evitar rejeição. No entanto, os elementos colhidos são de suma importância, pois apontam a real inclinação dos magistrados da corte de precedentes no que tange ao direito penal. O questionário foi apresentado pessoalmente aos Ministros entre março e maio de 2018, solicitando-se que a resposta fosse apresentada durante a sessão que ocorria ou por via eletrônica (*e-mail*). Posteriormente, em junho de 2018, o questionário foi reapresentado por *e-mail* aos chefes de gabinetes dos Ministros que não apresentaram as respostas na primeira oportunidade.

Infelizmente, alguns Ministros não responderam,⁶ fazendo com que a pesquisa – que tinha intenção de ser ampla na corte de precedentes – ficasse limitada. No entanto, a ausência de respostas ao questionário por parte de alguns ministros era esperada, ou seja, é comum em tal espécie de pesquisa perante autoridades (LAKATOS; MARCONI, 1996, p. 201).

Outro fator de se notar é que não há uma tradição no Brasil em pesquisas empíricas de tal natureza. No entanto, o parcial retorno ao questionário não abala a credibilidade da pesquisa, pois, além de ser esperado, a pesquisa científica considera, para efeitos de credibilidade, resposta de, no mínimo, 25 a 30% do público alvo (FONSECA, 2009, p. 86).

Os resultados obtidos serão analisados em conjunto,⁷ mas pontuando pergunta por pergunta do questionário. Para uma análise mais objetiva, é apresentado um gráfico elucidativo do resultado. Confira-se:

Gráfico 1: Questão 1 - Ao se deparar com casos comuns no dia-a-dia, aplica os precedentes da corte a que pertence, mesmo que não tenham força vinculante?



Gráfico 2: Questão 2 - No mesmo cenário descrito no item anterior, aplica os precedentes do Supremo Tribunal Federal, mesmo que não tenham força vinculante?



Gráfico 3: Questão 3 - Em um caso de difícil solução (hard case), na ausência de precedentes das cortes superiores, o senhor aplica a teoria do stare decisis?



Gráfico 4: Questão 4 - Acredita que a aplicação de precedentes e súmulas vinculantes trazem a segurança jurídica e estabilização no direito penal brasileiro?



Gráfico 5: Questão 5 - Acredita que o sistema de precedentes vinculantes trouxe a evolução do sistema da civil law devido à influência da common law?



Gráfico 6: Questão 6 - Já afastou precedentes vinculantes aplicando a técnica do distinguishing?



Gráfico 7: Questão 7 - Já afastou precedentes vinculantes aplicando a técnica do overruling?



Gráfico 8: Questão 8 - Acredita que respeitar o precedente ou súmula vinculante é igual a respeitar a lei?



Gráfico 9: Questão 9 - O precedente vinculante é mais impositivo do que a lei, pois naquela a margem de interpretação é menor do que nesta?

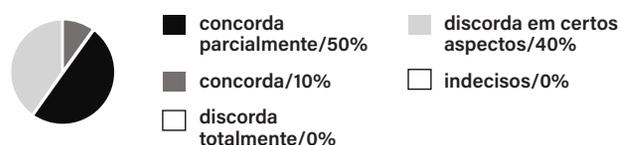


Gráfico 10: Questão 10 - Os precedentes vinculativos trazem mais segurança jurídica do que a lei?



Fonte: Silva, 2020.

Assim, diante do cenário apresentado pelas respostas dos Ministros da corte de precedentes do Brasil, especificamente ao direito penal e processual penal, podemos afirmar que a pesquisa sugere que o STJ está ciente da teoria dos precedentes e tendente a aplicá-la em sua inteireza, ou seja, é uma realidade presente no sistema brasileiro.

Constatou-se que 56% dos magistrados do STJ, ao se depararem com casos comuns no dia-a-dia, aplicam os precedentes da corte a que pertencem, mesmo que não tenham força vinculante (questão n. 1). Notou-se também que, à semelhança do primeiro questionamento, 56% dos Ministros aplica os precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF), mesmo que não tenham força vinculante (questão n. 2). Assim, a pesquisa sugere que os precedentes, em sua maioria, ainda que com sua força persuasiva, incidem nos julgamentos e alteram a perspectiva da *civil law* em sua essência inicial, pois nitidamente é um instrumento do sistema da *common law*.

Na sequência, o questionário apontou que, em um caso de difícil solução (*hard case*), na ausência de precedentes das cortes superiores, 11% dos magistrados do STJ aplicam a teoria do *stare decisis*. No entanto, 78% assentaram que concordam parcialmente com o questionamento. Tal resultado sugere, que há ainda uma certa resistência em afirmar que o STJ está criando direito sem fundamento em textos normativos, no entanto, a pesquisa também sugere que há uma tendência no sentido de que sim, será aplicada a teoria do *stare decisis*.

Por conseguinte, 89% dos Ministros do STJ acreditam, que a aplicação de precedentes e súmulas vinculantes trazem a segurança jurídica e estabilização no direito penal e processual penal brasileiro, confirmando a tese inicial do presente trabalho, pois não há segurança jurídica e igualdade de justiça se não forem decididos casos semelhantes de forma idêntica (questão n. 4). De outro lado, 56% acreditam que o sistema de precedentes vinculantes trouxe a evolução do sistema jurídico da *civil law* devido a influência da *common law*.

Tal percentual, somado aos 33% dos que concordam parcialmente com o questionamento, sugere que houve uma evolução do sistema e do ordenamento jurídico brasileiro, podendo-se afirmar, que caminhamos para um sistema híbrido, ou seja, fundado em textos legislativos nos ditames da família da *civil law*, mas paulatinamente institutos do sistema jurídico da *common law* são adotados, alterando a perspectiva inicial do sistema anteriormente adotado (questão n. 5). Sobre a aplicação do sistema de precedentes, presente no ordenamento jurídico brasileiro, 78% dos Ministros do

STJ assentaram que deixaram de aplicar precedentes vinculantes, lançando mão da técnica do *distinguishing*, sendo que, somados aos 22% que concordam parcialmente com o questionamento, atingem percentual que indica conhecimento dos institutos afetos à teoria dos precedentes (questão n. 6). Tal resultado também é corroborado, quando 45% dos magistrados concordam e 22% concordam parcialmente ao questionamento, afirmando que já afastaram precedentes vinculantes aplicando a técnica do *overruling* (questão n. 7).

Sobre a estrutura fundante da teoria dos precedentes, qual seja, o respeito ao precedente, 33% concordam e 67% concordam parcialmente, que respeitar o precedente ou súmula vinculante é igual a respeitar a lei (questão n. 8). E, na sequência, 22% concordam e 45% concordam parcialmente, que o precedente vinculante é mais impositivo do que a lei, pois naquela a margem de interpretação é menor do que nesta (questão n. 9).

Portanto, a aplicação do precedente, conforme sugerem os resultados, é de suma envergadura, pois o precedente deve ser respeitado com força de lei impositiva, bem como traz maior segurança jurídica e, por conseguinte, imprime maior previsibilidade ao sistema, já que a margem de interpretação do precedente é menor, possibilitando menor âmbito de variáveis no ato decisório.

Por fim, corroborando a assertiva acima, 11% dos Ministros do STJ concordam e 56% concordam parcialmente, que os precedentes vinculantes trazem mais segurança jurídica do que a lei (questão n. 10). Nota-se, então, que a segurança jurídica é, sim, fator importante na teoria dos precedentes, pois os resultados da pesquisa sugerem que há uma tendência de que sua aplicação pode trazer mais segurança jurídica do que a advinda da lei.

3. A pesquisa dos julgados da corte de precedentes do Brasil

Conforme mencionado na introdução, optou-se também por realizar uma pesquisa em julgados da corte especial e da terceira seção do STJ. O objetivo em aprofundar-se no tema e adentrar no cerne dos precedentes aplicados pelos Ministros tem o condão de apresentar um retrato de como os precedentes são utilizados nos julgamentos.

Como recorte metodológico foi solicitado ao STJ¹¹, que fossem fornecidos os cinco¹² julgados mais recentes, em matéria penal e processual penal, dos Ministros integrantes da corte especial e da terceira seção. Em abril de 2018, a pesquisa¹³ foi entregue.

A análise da pesquisa será realizada em duas partes: primeiro a corte especial e posteriormente a terceira seção. Além disso, serão apontados qual o percentual de julgados que utilizam a doutrina e precedentes como razões de decidir.

3.1 Corte especial do superior tribunal de justiça

Analisou-se os julgados de acordo com a listagem de Ministros apresentada pela secretaria de jurisprudência do STJ. Foram analisados, no total, 58 julgados. A pesquisa sugere que há uma utilização tímida (28% dos votos), pelos Ministros da corte especial do STJ, da doutrina penal e processual penal como fundamento e razão de decidir. Confira o seguinte gráfico:



Gráfico 11: Julgados x Doutrina

Fonte: Silva, 2020.

De outro lado, analisando os dados colhidos, constata-se uma inclinação (83% dos votos) dos Ministros da corte especial do STJ em utilizar-se de precedentes como fonte para fundamentar seus votos. Confira o seguinte gráfico.



Gráfico 12: Julgados x Precedentes

Fonte: Silva, 2020.

Assim, em uma análise completa da corte especial do STJ (doutrina - 28% dos votos x precedentes - 83% dos votos), há uma tendência majoritária dos Ministros em utilizar-se de precedentes como fonte para fundamentar seus votos, mas pequena em relação à doutrina especializada sobre o tema penal e processual penal.

3.2 Terceira seção do superior tribunal de justiça

Foram analisados, os cinco julgados mais recentes da terceira seção de direito penal e processual penal. Os julgados foram analisados de acordo com a listagem de Ministros apresentada pela secretaria de jurisprudência do STJ. Foram analisados, no total, 46 julgados. A pesquisa sugere que há uma utilização tímida (26% dos votos), pelos Ministros, da doutrina penal e processual penal como fundamento e razão de decidir. Confira o seguinte gráfico:

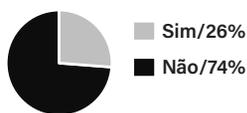


Gráfico 13: Julgados x Doutrina

Fonte: Silva, 2020.

Por outro lado, dos dados levantados na pesquisa, constata-se uma inclinação (93% dos votos) dos Ministros em utilizar-se de precedentes como fonte para fundamentar seus votos. Confira o seguinte gráfico:



Gráfico 14: Julgados x Precedentes

Fonte: Silva, 2020.

Assim, em uma análise completa da terceira seção do STJ (doutrina - 26% dos votos x precedentes - 93% dos votos), há uma tendência majoritária dos Ministros em utilizar-se de precedentes como fonte para fundamentar seus votos, mas pequena em relação à doutrina especializada sobre o tema penal e processual penal.

Considerações finais

No decorrer do presente foi desenvolvida uma abordagem sobre a corte de precedentes no direito brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça, na qual se vislumbra que seu papel é central na teoria dos precedentes para conferir segurança jurídica e igualdade ao sistema brasileiro. Abordou-se também, de forma empírica, como pensam os magistrados da aludida corte. Para tanto, foi apresentado o resultado do questionário respondido pelos Ministros da corte especial e da terceira seção que julgam direito penal e processual penal.

Das respostas ao questionário se extrai, que há uma evolução em andamento, pois os Ministros do Superior Tribunal de Justiça estão aplicando a teoria dos precedentes em seus julgamentos. A análise dos julgados da corte especial e da terceira seção do Superior Tribunal de Justiça, confirma o resultado da pesquisa implementada pelo questionário, pois pode-se concluir que há uma tendência de seguir os precedentes tanto do Supremo Tribunal Federal quanto da própria corte. Em uma comparação das citações de doutrina e julgados, como razão de decidir, os dados sugerem que o precedente é utilizado em larga escala (Terceira Seção 93%; Corte Especial 83%), enquanto a doutrina é pouco utilizada (Terceira Seção 26%; Corte Especial 28%).

Pode-se concluir, portanto, que o Superior Tribunal de Justiça está aplicando a teoria dos precedentes no direito penal e processual penal. Por fim, após a análise de todo o exposto, pode-se afirmar, que a hipótese inicial, se o Superior Tribunal de Justiça, enquanto corte de precedentes, respeita os precedentes horizontais e verticais, bem como produz precedentes para a uniformização do direito e, por conseguinte, traz maior segurança jurídica ao ordenamento jurídico, restou confirmada.

NOTAS

- ¹ *Standards* - diretrizes básicas do sistema, como os princípios gerais do direito, a ideia inicial no ato hermenêutico ou a ideia síntese (MACHADO, 2009, p. 149). Os precedentes vinculantes também podem ser considerados *standards* (MACCORMICK, 2010, p. 167-168).
- ² STJ - Pesquisa realizada e finalizada em abril de 2018.
- ³ STJ - Seção de Direito Penal e a Corte Especial.
- ⁴ STJ - Casos colhidos até abril de 2018.
- ⁵ A corte especial do Superior Tribunal de Justiça é composta por 15 Ministros e a Terceira Seção (Direito Penal) é composta por 10 Ministros, sendo que, em abril de 2018, 2 Ministros compunham tanto a corte especial quanto a terceira seção.
- ⁶ Dez Ministros responderam o questionário.
- ⁷ Terceira Seção e Corte Especial do STJ.
- ⁸ *Stare decisis et quia non movere* - respeito com as decisões que já foram proferidas anteriormente e resolveram problemas similares. Funda-se na

premissa de que não se deve perturbar o que está decidido. Deve-se deixar de pé e aderir ao que foi decidido (HANNA, 1957, p. 367).

- ⁹ *Distinguishing* é, em síntese, a possibilidade de não aplicação do precedente diante de diferença substancial dos casos em análise (passado e futuro). A *ratio do precedente não se aplica satisfatoriamente* (FACCHINI NETO; CORDEIRO, 2016, p. 105-106).
- ¹⁰ *Overruling* - a *ratio decidendi* está sendo *revogada, expressa ou implicitamente*, adotando-se uma nova rule, ou seja, operou-se o *overruling*, ou melhor, o precedente foi overruled (FACCHINI NETO; CORDEIRO, 2016, p. 106-107).
- ¹¹ Secretaria de Jurisprudência - Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência - STJ.
- ¹² Em alguns casos o Ministro foi recém empossado na Corte Especial e, por isso, não possuía cinco julgados em matéria penal e processual penal.
- ¹³ Arquivo em PDF com 3086 páginas.

REFERÊNCIAS

FACCHINI NETO, Eugênio; CORDEIRO, Karine da Silva. *O precedente vinculante no sistema norte-americano*: quando reproduzir o passado é mais importante do que modificar o presente. 2016. Disponível em: <www.magisteronline.com.br/mgstrrc/lpex.dll?templates&fn=index.htm>. Acesso em 17-02-2017, 2016.

FIGUEIREDO, Antônio Macena de; SOUZA, Soraia Riva Goudinho de. *Como Elaborar Projetos, Monografias, Dissertações e Teses*: Da Redação Científica à Apresentação do Texto Final. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FONSECA, Maria Gaudalupe Piragibe. *Iniciação à pesquisa no direito*: Pelos caminhos do conhecimento e da invenção. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

HANNA, John. The Role of Precedent in Judicial Decision. *Villanova Law Review*, Villanova, v. 2, n. 3, p. 367-384, 1957. Disponível em: <https://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol2/iss3/2/>. Acesso em: 3 mar. 2018.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. São Paulo: Ed. Atlas, 1996.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Crise da norma jurídica e reforma do judiciário*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.

MACCORMICK, H. L. A. Hart. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, p. 1-15, 2014. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad-civilistica-com-a.3.n.2.2014.pdf>. Acesso em: 01 out. 2017.

Recebido em: 14/11/2019 - Aprovado em: 13/01/2020 - Versão final: 20/02/2020

CORTES INTERNACIONAIS E SUAS DECISÕES COMENTADAS

O RECONHECIMENTO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO
NO CASO DAS MULHERES VÍTIMAS DE TORTURA
SEXUAL EM ATENCO VS. MÉXICO

THE RECOGNITION OF GENDER VIOLENCE IN THE CASE OF WOMEN VICTIMS OF
SEXUAL TORTURE IN ATENCO V. MEXICO

Alice Marie Freire Gaudiot

Pós-graduada em Direito Penal Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (2019). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2018). Advogada criminal. E-mail: alicefgaudiot@gmail.com.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1266-1207>

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8800081796885710>

RESUMO

Em 28 de novembro de 2018, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o México pela violação de diversas garantias resguardadas pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), dando destaque à violência e discriminação por razões de gênero que sofreram onze mulheres vítimas, detidas no contexto de manifestações.

Palavras chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos; violência em razão do gênero; definição de discriminação pelo gênero.

ABSTRACT

On November 28, 2018, the Inter-American Court of Human Rights condemned Mexico for the violation of several guarantees protected by the American Convention on Human Rights (Pact of San José, Costa Rica), highlighting the gender-based violence and discrimination suffered by eleven women, who were detained during protests.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights; gender-based violence; definition of gender-based discrimination.

1. Breve histórico da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e dos horrores por ela proporcionados, os Estados europeus e americanos se organizaram em torno da necessidade de tomar medidas para salvaguardar o que veio a ser chamado de direitos fundamentais do homem. Os países do continente americano assinaram, em 1948, a Carta da Organização dos Estados Americanos, levando à fundação da OEA, cujo objetivo é alcançar *"uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência"*¹

Em 1959, foi criada a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão principal e autônomo da OEA, *"encarregado da promoção e proteção dos direitos humanos no continente americano"*.² A Comissão possui, desde 1965, autorização expressa para proceder ao recebimento e processamento de denúncias ou petições de casos em que direitos humanos tenham sido violados.³ Sempre avançando na defesa dos direitos fundamentais, em 1969 foi aprovada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil em setembro de 1992, que, além de estabelecer os deveres dos Estados e os direitos protegidos, criou a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

A Corte IDH é, junto com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, um Tribunal

Regional de proteção dos direitos humanos. Na condição de órgão supremo da jurisdição internacional no sistema interamericano, cujas decisões têm força vinculante, a função da Corte é aplicar e interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, podendo julgar casos contenciosos entre pessoas e países em caráter definitivo e irrecorrível,⁴ cabendo-lhe, também, supervisionar o cumprimento de suas sentenças e determinar a adoção de medidas cautelares quando entender cabíveis.⁵ Além da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Corte IDH também atua em observância às disposições de outros Tratados vigentes no continente americano, como a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

Interessante notar que os Estados-membros da OEA não são obrigatoriamente submetidos à jurisdição da Corte IDH, sendo necessária a adesão livre e voluntária. O Brasil reconheceu a competência da Corte em 1998, 19 anos após sua criação.⁶

No Brasil, as sentenças proferidas pela Corte IDH dialogam com a jurisprudência nacional por meio de uma ampla e direta colaboração entre a Corte e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o *"guardião da jurisprudência em língua portuguesa da Corte Interamericana de Direitos Humanos"*.⁷

2. O caso das mulheres vítimas de tortura sexual em Atenco Vs. México

2.1. Contextualização do caso

No dia 17 de setembro de 2016, a Comissão Interamericana de Direitos

Humanos trouxe à Corte IDH o caso “Mariana Selvas Gomez e outras Vs. México”, posteriormente renomeado “Caso das mulheres vítimas de tortura sexual em Atenco Vs. México”.⁸ Tratava-se de uma série de violações a direitos resguardados pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pela Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e pela Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em razão do tratamento conferido a onze mulheres, em 3 e 4 de maio de 2006, que se encontravam dentre os detidos em operações policiais no contexto de conflitos e protestos de floricultores e outros grupos nos municípios de Texcoco e San Salvador Atenco, e levadas em traslados ao Centro de Readaptação Social Santiaguito.⁹

Durante o transporte, as vítimas foram submetidas a diversos tipos de violência, como espancamentos, ameaças de morte e desaparecimento, insultos, insultos sexualizados, além de sete delas terem sido estupradas. Uma relatou, inclusive, como foi humilhada e sexualmente agredida em frente ao seu filho e pai. Chegando ao Centro de Readaptação Social Santiaguito, elas receberam um tratamento degradante dos médicos, os quais se negaram a examiná-las, a realizar procedimentos ginecológicos e a registrar ou reportar as violências sexuais sofridas. Em alguns casos, os médicos inclusive as insultaram e responderam às denúncias com deboches.¹⁰

Para apurar as violências cometidas, foram abertas investigações penais ante a justiça federal mexicana, por intermédio da Procuradoria Especial para os Crimes Associados à Violência Contra as Mulheres, e ante a justiça estadual do Estado do México, local onde ocorreram os crimes. A investigação no âmbito federal se iniciou em 15 de maio de 2006, tendo sido interrompido em 13 de julho de 2009, por entender-se que os atos não seriam de competência federal, e sim estadual. No âmbito estadual, por sua vez, foram promovidas cinco ações penais, as quais ou ainda não haviam sido finalizadas quando do sentenciamento pela Corte IDH, em 28 de novembro de 2018, ou resultaram na absolvição dos envolvidos.¹¹

2.2. Principais pontos da sentença proferida pela Corte IDH

A análise da Corte IDH se concentrou, neste caso, nas garantias à integridade pessoal; à liberdade pessoal e direito de defesa; às garantias judiciais e proteção judicial; e à integridade pessoal dos familiares, todas elas resguardadas por convenções internacionais.

Ela concluiu, primeiramente, que as ações policiais se utilizaram da força de maneira indiscriminada e excessiva contra pessoas que estavam presentes nas manifestações, sendo os seus atos excessivos e inaceitáveis em decorrência da natureza sexual e discriminatória das agressões. Das onze mulheres, sete estavam na condição de jornalistas, tendo o Estado violado o seu direito de reunião ao se utilizar da violência para reprimir as manifestações.¹²

A Corte IDH entendeu, ainda, que todas as mulheres foram vítimas de violência sexual ao sofrerem agressões físicas ou verbais com conotação sexual; que sete delas foram estupradas; e que a intensidade do sofrimento e a intenção dos policiais em punir e humilhá-las levou à conclusão de que todas foram torturadas.¹³

Merece destaque o entendimento da Corte IDH de que os atos de violência sexual e tortura foram discriminatórios em razão do gênero das vítimas, e que as posteriores investigações judiciais não foram conduzidas “con una perspectiva de género de acuerdo a las obligaciones especiales impuestas”.¹⁴ Em realidade, as declarações e condutas discriminatórias que caracterizaram o processo investigativo terminaram por prejudicar o direito de acesso à justiça das mulheres vítimas.¹⁵

Por fim, a Corte IDH entendeu que os familiares das vítimas passaram por um profundo sofrimento e angústia como consequência direta da privação da liberdade e da tortura sexual a que foram submetidas.

Ao final, o México foi condenado por violar o direito à integridade física, o direito a não ser submetido à tortura e a proteção da honra e dignidade; direitos à liberdade pessoal e de defesa; e o direito às garantias judiciais e proteção judicial.

Perante a Corte IDH, o México reconheceu parcialmente sua culpa: “Mexico acknowledged their international responsibility for the physical, psychological and sexual violence – including the acts of torture – suffered by the 11 women of this case, as well as for the deprivation of liberty, lack of information as to the reasons of their detention and lack of adequate legal defense. Additionally, the State acknowledged their international responsibility for the lack of adequate medical assistance and the consequences on their health; the violation of the judicial guarantees, equality before the law and the duty to investigate acts of torture and acts of violence against women”.¹⁶

Dentre as medidas estabelecidas, merecem destaque aquelas voltadas à reparação pelas violências sofridas em razão do gênero das vítimas, sentenciando providências que levaram em conta tais discriminações: a obrigação de iniciar e dar seguimento às investigações ainda em aberto, incluindo uma perspectiva de gênero; e determinando a organização de um plano de fortalecimento do Mecanismo de Monitoramento dos Casos de Tortura Sexual cometidos contra Mulheres,¹⁷ uma instância voltada à revisão, monitoramento e confirmação de políticas públicas dirigidas à prevenção e combate à tortura sexual.¹⁸

2.3. O reconhecimento da perspectiva do gênero

Ao tecer suas considerações acerca das violências sofridas pelas vítimas em decorrência de seu gênero, a Corte IDH afirmou que qualquer tratamento discriminatório a respeito do exercício das garantias estabelecidas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos é incompatível com as suas premissas, tendo em vista o resguardo ao princípio da igualdade e da não discriminação.

Especificamente no que se refere à violência baseada no gênero, já reconhecida pela Convenção de Belém do Pará e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, a Corte IDH considera se tratar de discriminação contra a mulher a violência a ela dirigida ou que a afeta de maneira desproporcional, meramente em razão de sua condição de mulher. Em louvável análise, a Corte descreve o estereótipo de gênero como: “una pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas em estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes. En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales.”¹⁹

No caso aqui observado, apesar de se reconhecer que os homens detidos sofreram com o uso excessivo de força, as mulheres foram afetadas com formas de violência com conotações e natureza claramente sexuais, dando enfoque às suas partes íntimas, além das agressões carregadas de estereótipos quanto ao seu rol sexual e lugar na sociedade.²⁰

Na medida em que se reconhece o direito das mulheres a ter uma vida livre de violência e de discriminações decorrentes de sua condição feminina, impõe-se o dever do Estado em garantir que tais direitos sejam respeitados, por intermédio do Executivo, Legislativo e Judiciário, no nível federal, estadual e municipal, e nas esferas públicas e privadas.

Inobstante o caso ainda não ter sido diretamente aplicado no Brasil, o estabelecimento pela Corte IDH, cuja competência jurisdicional fora

reconhecida, de diretrizes quanto ao que definiria a discriminação por razões de gênero é fundamental para nossa legislação interna, mormente considerando que a taxa de feminicídio é a quinta maior do mundo, de acordo com a Organização Mundial da Saúde,²¹ e que ocorre um estupro a cada 11 minutos, segundo dados divulgados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública.²²

As taxas ainda são alarmantes, mas o reconhecimento de agressões

motivadas pelo gênero e o estabelecimento de medidas que visem combatê-las, como a Lei Maria da Penha ou o reconhecimento do feminicídio como circunstância qualificadora, se mostram como o primeiro passo imprescindível para alterar esse cenário e, aos poucos, “erradicar os preconceitos, estereótipos e práticas que constituem as causas fundamentais da violência por razão de gênero contra a mulher”.²³

NOTAS

- ¹ Disponível em: <http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp>. Acesso em: 24 jan. 2020.
- ² Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>>. Acesso em: 24 jan. 2020.
- ³ Idem, ibidem.
- ⁴ JAYME, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 82-83.
- ⁵ Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/corte-interamericana-de-direitos-humanos-corte-idh/>>. Acesso em: 24 jan. 2020.
- ⁶ MARQUES, Verônica Teixeira; LEAL, Maria Lúcia Pinta; ZIMMERMANN, Clovis. *Direitos humanos na democracia contemporânea velhos e novos embates*. 1. ed. Rio de Janeiro: Bonecker, 2018. p. 100
- ⁷ Idem, ibidem.
- ⁸ Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2018/portugues.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2020.
- ⁹ Idem, ibidem.
- ¹⁰ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_371_esp.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2020.
- ¹¹ Idem, ibidem.
- ¹² Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_371_esp.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2020.
- ¹³ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_58_18_eng.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2020.

- ¹⁴ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2020.
- ¹⁵ Idem, ibidem.
- ¹⁶ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_58_18_eng.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2020.
- ¹⁷ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2020.
- ¹⁸ Disponível em: <<https://www.gob.mx/conavim/articulos/que-es-el-mecanismo-de-seguimiento-de-casos-de-tortura-sexual-cometida-contra-las-mujeres>>. Acesso em: 12 mar 2020.
- ¹⁹ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf>. Acesso em: 11 mar 2020.
- ²⁰ Idem, ibidem.
- ²¹ Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/593867-especialistas-apontam-necessidade-de-mudanca-cultural-para-reducao-de-casos-de-feminicidio/>>. Acesso em: 11 mar 2020.
- ²² Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/9_anuario_2015_retificado.pdf>. Acesso em: 11 mar 2020.
- ²³ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf>. Acesso em: 11 mar 2020.

Autora convidada

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal

EXTRADIÇÃO INSTRUTÓRIA. PROMESSA DE RECIPROCIDADE. BRASILEIRO NATURALIZADO. REQUISITOS DA LEI DE MIGRAÇÃO. AUSÊNCIA DE DUPLA TIPICIDADE DIANTE DO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. OUTROS ÓBICES ASSENTES NA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPREMA. CRIME POLÍTICO. RELEVÂNCIA DA ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. GARANTIA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INDEFERIMENTO.

1. Admite-se o pedido de extradição formulado por Estado soberano fundado na promessa de reciprocidade, dispensando-se, nesses casos, a existência de tratado de extradição previamente celebrado com o Brasil.

2. A circunstância do extraditando ser brasileiro naturalizado não constitui ipso facto óbice à extradição, eis que os fatos delituosos a ele imputados teriam sido praticados, em tese, antes da aquisição dessa nacionalidade.

3. É assente, na jurisprudência desta Corte, que a extradição é ato de cooperação jurídica internacional voltado ao auxílio mútuo entre nações na repressão internacional a crimes comuns.

4. Tanto o art. 82, II, da Lei da Migração, como também o art. 82, VII, desse mesmo diploma, preveem que não se concederá a extradição seja quando o fato motivador não estiver tipificado na legislação penal do Estado Requerente ou do requerido, seja quando o objeto desse pedido qualificar-se como crime político ou de opinião.

5. In casu, a lei brasileira que passou a tipificar os atos de terrorismo (Lei nº 13.260/2016) somente veio a lume em 16 de março de 2016,

sendo inaplicável aos delitos que teriam sido praticados em período anterior a sua vigência, ausente, na espécie, a dupla tipicidade. Precedentes desta Corte (PPE 732-QO, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 11/11/2014, Segunda Turma, DJE de 02/02/2015); (Ext. 953, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28/09/2005, Plenário, DJ de 11/11/2005).

6. O enquadramento das condutas na Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7170, em vigor desde 14/12/1983) tampouco autorizaria a extradição, porque os tipos nela tratados se caracterizam como delitos políticos, em relação aos quais incide expressa vedação constitucional à extradição (art. 5º, LII). Precedentes (RC 1468 segundo Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, Rel. p/ Acórdão Min. Maurício Corrêa, DJ 16.8.2000) (HC 33722/DF, Relator Ministro Nelson Hungria, julgado 28/09/1955: Ementa: Crime político. Não admite extradição, desde que não conexo a crime comum. (HC 3372/DF, Rel. Min. Nelson Hungria, Primeira Turma, DJ 24.11.1955, pp. 15136, Ement. Vol. 00237-02, pp. 00635, Paciente: Jacques Charles Noel de Bernonville). Evidenciado, pois, o segundo óbice à extradição, qual seja, a sua vedação em caso de delito político.

7. É possível também ao Supremo Tribunal Federal rejeitar o pedido de extradição passiva quando a submissão do estrangeiro à Jurisdição do Estado requerente possa implicar em violação a direitos humanos internacionalmente reconhecidos, dentre eles, a garantia de ser julgado por juiz isento, imparcial, e sob a égide do devido processo legal. Óbice também previsto no art. 82, VIII, da Lei de Migração.

8. Ressuma dos autos notícia de que o Estado Requerente vem sendo questionado por atitudes de menoscabo à democracia, inclusive de glosas, feitas pelo Parlamento Europeu, ao aumento do controle realizado pelo Poder Executivo e à pressão política no trabalho dos Magistrados (Resolução de 13 de março de 2019). A isso, somam-se as evidências de instabilidade política, com demissões de juízes e prisões de opositores ao governo (E-doc. 49).

9. Contexto no qual há fundada dúvida quanto às garantias de que o extraditando será efetivamente submetido a um tribunal independente e imparcial, a salvo de instabilidades e pressões exógenas e endógenas. 10. Pedido de extradição indeferido, em razão dos óbices plasmados no art. 82, II, VII e VIII da Lei 13.445/2017.

(STF, Ext 1578, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, j. 06.08.2019, p. 20.02.2020 – **Cadastro IBCCRIM 6151**).

AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. INQUÉRITO POLICIAL. PARTICIPAÇÃO DA DEFESA DO INVESTIGADO NA PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. LEI 13.245/2016. MITIGAÇÃO DO CARÁTER INQUISITÓRIO. NÃO OCORRÊNCIA. INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO PRÉVIA DE QUESITOS. IMPOSSIBILIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. As alterações promovidas pela Lei 13.245/2016 no art. 7º, XXI, do Estatuto da Ordem dos Advogados representam reforço das prerrogativas da defesa técnica no curso do inquérito policial, sem comprometer, de modo algum, o caráter inquisitório da fase investigativa preliminar.

2. Desse modo, a possibilidade de assistência mediante a apresentação de razões e quesitos não se confunde com o direito subjetivo de intimação prévia e tempestiva da defesa técnica acerca do calendário de inquirições a ser definido pela autoridade judicial.

3. Agravo regimental desprovido.

(STF, Pet 7612, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, j. 12.03.2019, p. 20.02.2020 – **Cadastro IBCCRIM 6152**).

AGRAVO REGIMENTAL. PETIÇÃO. COLABORAÇÃO PREMIADA. PEDIDO DE COMPARTILHAMENTO DE TERMOS DE DEPOIMENTO. COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO JURISDICIONAL HOMOLOGADOR. INSTRUÇÃO DE PROCEDIMENTO DEFLAGRADO PARA APURAÇÃO DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. Ainda que remetidos a outros órgãos do Poder Judiciário para as apurações dos fatos declarados, remanesce competência ao juízo homologador do acordo de colaboração premiada a deliberação acerca de pretensões que envolvem o compartilhamento de termos de depoimento prestados pelo colaborador.

2. É assente na jurisprudência desta Corte a admissibilidade, em procedimentos administrativos, de prova emprestada do processo penal (RE 810.906, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 25.5.2015, DJe de 28.5.2015), assim como já se decidiu pela admissibilidade para o fim de subsidiar apurações de cunho disciplinar (INQ-QO 2.725, Rel. Min. CARLOS BRITTO, julgado em 25.6.2008, publicado em 26.9.2008, Tribunal Pleno).

3. Havendo delimitação dos fatos, não se verifica causa impeditiva ao compartilhamento de termos de depoimento requerido pelo Ministério Público estadual com a finalidade de investigar a prática de eventual ato de improbidade administrativa por parte de agente público.

4. Agravo regimental desprovido.

(STF, Pet 7065 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, j. 30.10.2018, p. 20.02.2020 – **Cadastro IBCCRIM 6153**).

HABEAS CORPUS. CRIMES DE ESTUPRO. CONCURSO MATERIAL. POSSIBILIDADE. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 9º DA 8.078/1990. NÃO INCIDÊNCIA.

1. A causa de aumento prevista no art. 9º da Lei de Crimes Hediondos faz referência ao art. 224 do Código Penal, que foi revogado pela Lei 12.015/2009. Suprimida a regra de referência, resulta inaplicável a majoração da pena. Logo, em decorrência do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna, é a hipótese de se decotar

da reprimenda o aumento fruto da incidência do art. 9º da 8.072/90.

2. *Habeas Corpus* concedido, de ofício.

(STF – Plenário – HC 100.181 – rel. Marco Aurélio – j. 15.08.2019 – p. 11.02.2020 – Cadastro IBCCRIM – **Cadastro IBCCRIM 6154**).

EXTRADIÇÃO INSTRUTÓRIA. PROMESSA DE RECIPROCIDADE. BRASILEIRO NATURALIZADO. REQUISITOS DA LEI DE MIGRAÇÃO. AUSÊNCIA DE DUPLA TIPICIDADE DIANTE DO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. OUTROS ÔBICES ASSENTES NA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPREMA. CRIME POLÍTICO. RELEVÂNCIA DA ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. GARANTIA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INDEFERIMENTO.

1. Admite-se o pedido de extradição formulado por Estado soberano fundado na promessa de reciprocidade, dispensando-se, nesses casos, a existência de tratado de extradição previamente celebrado com o Brasil.

2. A circunstância do extraditando ser brasileiro naturalizado não constitui ipso facto óbice à extradição, eis que os fatos delituosos a ele imputados teriam sido praticados, em tese, antes da aquisição dessa nacionalidade.

3. É assente, na jurisprudência desta Corte, que a extradição é ato de cooperação jurídica internacional voltado ao auxílio mútuo entre nações na repressão internacional a crimes comuns.

4. Tanto o art. 82, II, da Lei da Migração, como também o art. 82, VII, desse mesmo diploma, preveem que não se concederá a extradição seja quando o fato motivador não estiver tipificado na legislação penal do Estado Requerente ou do requerido, seja quando o objeto desse pedido qualificar-se como crime político ou de opinião.

5. *In casu*, a lei brasileira que passou a tipificar os atos de terrorismo (Lei nº 13.260/2016) somente veio a lume em 16 de março de 2016, sendo inaplicável aos delitos que teriam sido praticados em período anterior a sua vigência, ausente, na espécie, a dupla tipicidade. Precedentes desta Corte (PPE 732-QO, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 11/11/2014, Segunda Turma, DJE de 02/02/2015); (Ext. 953, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28/09/2005, Plenário, DJ de 11/11/2005).

6. O enquadramento das condutas na Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170, em vigor desde 14/12/1983) tampouco autorizaria a extradição, porque os tipos nela tratados se caracterizam como delitos políticos, em relação aos quais incide expressa vedação constitucional à extradição (art. 5º, LII). Precedentes (RC 1468 segundo Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, Rel. p/ Acórdão Min. Maurício Corrêa, DJ 16.8.2000) (HC 33722/DF, Relator Ministro Nelson Hungria, julgado 28/09/1955: Ementa: Crime político. Não admite extradição, desde que não conexo a crime comum. (HC 3372/DF, Rel. Min. Nelson Hungria, Primeira Turma, DJ 24.11.1955, pp. 15136, Ement. Vol. 00237-02, pp. 00635, Paciente: Jacques Charles Noel de Bernonville). Evidenciado, pois, o segundo óbice à extradição, qual seja, a sua vedação em caso de delito político.

7. É possível também ao Supremo Tribunal Federal rejeitar o pedido de extradição passiva quando a submissão do estrangeiro à Jurisdição do Estado requerente possa implicar em violação a direitos humanos internacionalmente reconhecidos, dentre eles, a garantia de ser julgado por juiz isento, imparcial, e sob a égide do devido processo legal. Ôbice também previsto no art. 82, VIII, da Lei de Migração.

8. Ressuma dos autos notícia de que o Estado Requerente vem sendo questionado por atitudes de menoscabo à democracia, inclusive de glosas, feitas pelo Parlamento Europeu, ao aumento do controle realizado pelo Poder Executivo e à pressão política no trabalho dos

Magistrados (Resolução de 13 de março de 2019). A isso, somam-se as evidências de instabilidade política, com demissões de juízes e prisões de opositores ao governo (E-doc. 49).

9. Contexto no qual há fundada dúvida quanto às garantias de que o extraditando será efetivamente submetido a um tribunal independente e imparcial, a salvo de instabilidades e pressões exógenas e endógenas.

10. Pedido de extradição indeferido, em razão dos óbices plasmados no art. 82, II, VII e VIII da Lei 13.445/2017.

(STF – 2ª T. – Ext. 1.578 – rel. Edson Fachin – j. 06.08.2019 – p. 20.02.2020 – **Cadastro IBCCRIM 6155**)

*Jurisprudência compilada por
Roberto Portugal de Biazzi e Vivian Peres.*

Superior Tribunal de Justiça

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. GARANTIA DE BANHO AQUECIDO AOS PRESOS. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. ARTS. 12 E 39, IX, DA LEI 7.210/1984 (LEI DE EXECUÇÃO PENAL). TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. ART. 273, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 (ART. 300 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015). TUTELA DA EVIDÊNCIA (ART. 311 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015). SUSPENSÃO DE EFICÁCIA DA TUTELA DE URGÊNCIA. ART. 4º DA LEI 8.437/1992 C/C O ART. 1º DA LEI 9.494/1997. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ALEGAÇÃO DE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E DE INCIDÊNCIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. MANIFESTO INTERESSE PÚBLICO REVERSO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. FATOS NOTÓRIOS E CONFESSADOS. SUSPENSÃO QUE VIOLA REQUISITOS LEGAIS OBJETIVOS PARA A CONCESSÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

HISTÓRICO DA DEMANDA

1. Trata-se de Recurso Especial contra acórdão que negou provimento a Agravo Regimental interposto contra decisão do Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, que suspendeu liminar deferida nos autos de Ação Civil Pública proposta pela Defensoria Pública estadual visando obrigar o Estado de São Paulo a disponibilizar, em suas unidades prisionais, equipamentos para banho dos presos em temperatura adequada (“chuveiro quente”).

2. Alega a Defensoria Pública: a) segundo parecer da Doutora Mônica Corso Pereira, Presidente da Sociedade Paulista de Pneumologia e Fisiologia e Professora da Unicamp, banho frio pode gerar ou agravar uma série de doenças, sobretudo em Estados como o de São Paulo, em que a temperatura cai sobremaneira em certos períodos do ano; b) a Secretaria da Administração Penitenciária – SAP informa que, dos 99 estabelecimentos prisionais do Estado, apenas cinco dispõem de instalações adequadas de aquecimento de água para presos, e c) nas demais instituições prisionais, somente presos “faxina” (encarregados da limpeza), os que cuidam do preparo ou distribuição de alimentos e os confinados em celas de enfermaria têm acesso a banho quente. Já o Estado de São Paulo aduz, entre outros argumentos, que a instalação de chuveiros elétricos exigirá obras complexas e recursos financeiros, que são finitos, além de implicar riscos à ordem e à segurança dos presídios.

3. De acordo com a decisão do Presidente do Tribunal paulista, o pleito de suspensão dos efeitos da tutela antecipada se apoia basicamente no fundamento de que “a ordem judicial representa ameaça de grave lesão de difícil reparação” (e-STJ fl. 123), ao exigir obras e dispêndios financeiros da Fazenda Pública. A providência foi deferida, porquanto estariam presentes “os requisitos ensejadores

da intervenção desta Presidência para a suspensão da execução da decisão atacada”.

4. Como se verá a seguir, na hipótese dos autos, contudo, não estão presentes os requisitos legais objetivos para a suspensão da tutela antecipada pelo Presidente do Tribunal. Ora, não se confunde grave lesão à ordem pública e à ordem econômica com dificuldades normais e superáveis da Administração (alocação de verbas) em cumprir decisão judicial de proteção de direitos humanos fundamentais. Ao contrário, o que se vislumbra, em juízo preliminar e perfuntório da matéria, é a possibilidade de se configurar grave lesão reversa à ordem, segurança e saúde públicas, caso mantida a decisão de suspensão da liminar.

NATUREZA INCONTROVERSA DO FATO (AUSÊNCIA DE BANHO QUENTE) QUE AMPARA A TUTELA DE URGÊNCIA NA PRIMEIRA INSTÂNCIA

5. É incontroversa – por notória e confessada – a situação fática de fundo (inexistência de banho quente nos estabelecimentos prisionais do Estado de São Paulo). Assim, no presente processo, somente dois pontos jurídicos da decisão recorrida do Presidente do Tribunal de Justiça serão considerados. Ambos embasaram o acórdão recorrido e são estritamente de direito. Estão atrelados, de modo direto, o juízo preliminar (que ao STJ sempre incumbe fazer) acerca da compatibilidade entre as razões de decidir explícitas ou implícitas utilizadas pelo Presidente do Tribunal e o estatuído nos dispositivos legislativos invocados. O primeiro refere-se à hipotética invasão pelo Judiciário de esfera exclusiva da Administração. Vale dizer, a decisão de primeiro grau invadiria o âmbito de políticas públicas, território insuscetível de sindicabilidade e controle judiciais (= definição de prioridades administrativas). O segundo gira em torno da natureza jurídica da higiene de pessoas custodiadas pelo Estado (direito, dever, ou nada disso).

RECURSO ESPECIAL E SUSPENSÃO DE LIMINAR OU SEGURANÇA: PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO

6. Em regra, o Superior Tribunal de Justiça entende que decisão que concede suspensão de liminar não se sujeita à censura de Recurso Especial, já que ostenta juízo político. Nesse sentido: AgRg no REsp 957.825/CE, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe de 13/9/2013.

7. O caso concreto, no entanto, é peculiar, por ferir triplamente aspectos existenciais da textura íntima de direitos humanos substantivos. Primeiro, porque se refere à dignidade da pessoa humana, naquilo que concerne à integridade física e mental a todos garantida. Segundo, porque versa sobre obrigação inafastável e imprescritível do Estado de tratar prisioneiros como pessoas, e não como animais. Por mais grave que seja o ilícito praticado, não perde o infrator sua integral condição humana. Ao contrário, negá-la a um, mesmo que autor de crime hediondo, basta para retirar de todos nós a humanidade de que entendemos ser portadores como parte do mundo civilizado. Terceiro, porque o encarceramento configura pena de restrição do direito de liberdade, e não salvo-conduto para a aplicação de sanções extralegis e extrajudiciais, diretas ou indiretas. Quarto, porque, em presídios e lugares similares de confinamento, ampliam-se os deveres estatais de proteção da saúde pública e de exercício de medidas de assepsia pessoal e do ambiente, em razão do risco agravado de enfermidades consequência da natureza fechada dos estabelecimentos, propícia à disseminação de patologias.

8. Em síntese, ofende os alicerces do sistema democrático de prestação jurisdicional admitir que decisão judicial, relacionada à essência dos direitos humanos fundamentais, não possa ser examinada pelo STJ sob o argumento de se tratar de juízo político. Quando estão em jogo aspectos mais elementares da dignidade da pessoa humana (um dos fundamentos do Estado Democrático

de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil – expressamente enunciado na Constituição, logo em seu art. 1º) impossível subjugar direitos indisponíveis a critérios outros que não sejam os constitucionais e legais.

NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ

9. A Súmula 7/STJ não constitui obstáculo ao conhecimento do Recurso Especial sob análise, pois desnecessário revolver matéria fática. Pelo lado da pretensão manifestada na Ação Civil Pública, temos fatos notórios, que, como tais, independem de prova, consoante enuncia hoje o art. 374, I, do CPC/2015 e o fazia o art. 334, I, do CPC/1973. É notório que, pelo menos durante quatro meses do ano, em São Paulo, e, às vezes até durante o verão, ocorrem baixas temperaturas. Se assim é e se incontroverso que o Estado de São Paulo não disponibiliza banho quente para a maioria da população carcerária, estamos realmente diante de desrespeito, não individual, mas massificado, a direitos humanos.

10. Por outro lado, a sucinta argumentação do acórdão recorrido não aponta elementos concretos hábeis a demonstrar o preenchimento dos requisitos normativos para a suspensão da liminar, previstos no art. 4º da Lei 8.437/1992. A decisão recorrida não está fundada em análise de prova produzida, mas apenas na verossimilhança de argumentos apresentados pela Fazenda.

REGIME LEGAL DA HIGIENE PESSOAL DOS PRESOS

11. Mais do que privilégio ou leniência do sistema punitivo estatal, a higiene pessoal representa expediente de proteção de todos os presos, dos funcionários, dos voluntários sociais e religiosos, e dos familiares visitantes. Essa a razão para a Lei de Execução Penal atribuir filiação dúbia a “higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento”, simultaneamente como direito e dever do condenado (art. 39, IX, da Lei 7.210/1984).

12. Além disso, a legislação impõe ao Estado o dever de garantir assistência material ao preso e ao internado, nela incluída “instalações higiênicas” (Lei 7.210/1984, art. 12), expressão que significa disponibilidade física casada com efetiva possibilidade de uso. Assim, não basta oferecer banho com água em temperatura polar, o que transformaria higiene pessoal em sofrimento ou, *contra legem*, por ir além da pena de privação de liberdade, caracterizaria castigo extralegal e extrajudicial, consubstanciando tratamento carcerário cruel, desumano e degradante.

13. Finalmente, as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, promulgadas pelas Nações Unidas (Regras de Mandela), dispõem que “Devem ser fornecidas instalações adequadas para banho”, exigindo-se que seja “na temperatura apropriada ao clima” (Regra 16, grifo acrescentado, cf. publicação do Conselho Nacional de Justiça, com o título “Regras de Mandela”). Irrelevante, por óbvio, que o texto não faça referência expressa a “banho quente”.

14. Correto, portanto, o juiz de primeira instância quando, na decisão de concessão da tutela antecipada, concluiu que “submeter os presos a banhos frios, sobretudo no inverno, segundo respeitado parecer médico juntado com a inicial, desencadeia ou agrava uma série de doenças. E, pior, segundo levantamento do CNJ, a maioria dos estabelecimentos penais não possuem médicos e enfermeiros em todos os períodos” (e-STJ, fl. 57)

15. Assim, patente a presença de todos os elementos para a concessão de tutela antecipada, decisão de primeiro grau, aliás, em harmonia com precedentes do STJ, citado pela petição inicial da Defensoria Pública: “A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário” (REsp 1.041.197/

MS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16/9/2009). Na mesma linha, outro precedente mencionado, este do Supremo Tribunal Federal: “O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível” (ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.4.2004). Por isso, impõe-se restabelecer a integralidade da decisão de primeiro grau.

16. Eventuais dificuldades técnicas particulares insuperáveis, relacionadas a estabelecimentos específicos, que impeçam o oferecimento de banho quente, poderão ser submetidas ao próprio juiz de primeiro grau, a quem caberá apreciar a necessidade, ou não, de modificação do prazo que fixou, bem como os contornos e a extensão da sua decisão.

CONCLUSÃO

17. Recurso Especial conhecido e provido.

(STJ – 2.ª T. – REsp 1.537.530 – rel. Herman Benjamin – j. 27/04/2017 – public. 27/02/2020 – **Cadastro IBCCRIM 6156**)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. RESPONSABILIDADE PENAL. AUSÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O delito culposo exige a descrição da conduta culposa, com seu respectivo elemento caracterizador: imprudência, negligência ou imperícia. Não se admite que, na peça acusatória, conste apenas um agir lícito (dirigir veículo automotor) e o resultado morte ou lesão corporal sem a efetiva demonstração do nexo causal, como por exemplo: ausência de reparos devidos no veículo, velocidade acima da média que, em tese, poderia impedir a frenagem a tempo ou outro dado concreto que demonstre a ausência de observância do dever objetivo de cuidado.

2. O simples fato de o réu estar na direção do veículo automotor no momento do acidente ou mesmo a perda do freio, por si só, não autoriza a instauração de processo criminal por crime de homicídio culposo ou lesão corporal culposa se não restar narrada a inobservância de dever objetivo de cuidado e o nexo de causalidade com o resultado.

3. No caso, a denúncia encontra-se amparada na narrativa de que “o veículo perdeu os freios e o denunciado aumentou a velocidade descendo a serra sem controle”, o que não se revela suficiente para a aferição de eventual responsabilidade penal no evento narrado, devendo ser ressaltado que não foi realizada qualquer perícia nos freios ou na parte mecânica do caminhão ou sequer no local do acidente, não havendo lastro probatório mínimo para se apurar, justamente, o elemento normativo tipo, ou seja, a culpa por eventual imprudência, negligência ou imperícia do acusado.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para trancar a Ação Penal n.º 0000299-82.2012.815.0221.

(STJ – 5.ª T. – HC 543.922 – rel. Ribeiro Dantas – j. 11/02/2020 – public. 14/02/2020 – **Cadastro IBCCRIM 6157**).

*Jurisprudência compilada por
Roberto Portugal de Biazzi e Vivian Peres.*



DIRETORIA EXECUTIVA

Presidenta: **Eleonora Rangel Nacif**

1.º Vice-Presidente: **Bruno Shimizu**

2.º Vice-Presidente: **Helios Alejandro Nogués Moyano**

1.ª Secretária: **Andréa Cristina D'Angelo**

2.º Secretário: **Luís Carlos Valois**

1.º Tesoureiro: **Gabriel de Freitas Queiroz**

2.º Tesoureiro: **Yuri Felix**

Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais:

Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes

CONSELHO CONSULTIVO

Cristiano Avila Maronna

Ela Wiecko Volkmer de Castilho

Geraldo Prado

Sérgio Salomão Shecaira

OUVIDORA

Fabiana Zanatta Viana

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

CONSELHO EDITORIAL: Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, Aury Lopes Jr., Juarez Cirino dos Santos, Luis Fernando Niño, Sérgio Salomão Shecaira, Vera Malaguti Batista e Vera Regina Pereira de Andrade.

EDITOR-CHEFE: Luigi Giuseppe Barbieri Ferrarini.

EDITORES/AS ASISSTENTES: Ana Maria Lumi Kamimura Murata, Bernardo Pinhón Bechtluft, Daiane Ayumi Kassada, Danilo Dias Ticami, Erica do Amaral Matos, Isabel Penido de Campos Machado, Surrailly Fernandes Youssef e Roberto Portugal de Biazzi.

EDITORES EXECUTIVOS: Helen Christo e Willians Meneses.

EXPEDIENTE EDITORIAL: Cláudia Barrilari

CORPO DE PARECERISTAS DESTE VOLUME: Arthur Felipe Azevedo Barretto ((USP - São Paulo/SP), Cássio Eduardo Zen (USP - São Paulo/SP), Christiane Heloisa Kalb (UFSC - Florianópolis/SC), Cristiano de Barros Santos Silva (USP - São Paulo/SP), Dayane Aparecida Fanti Tangerino (USP - São Paulo/SP), Décio Franco David (UENP - Jacarezinho/PR), Eduardo Neves Lima Filho (Cesupa - Belém/PA), Felipe do Amaral Matos (USP - São Paulo/SP), Fernando Vogel Cintra (UFRGS - Porto Alegre/RS), Gabriel Silva Costa (USP - São Paulo/SP), Guilherme Siqueira Vieira (FATEC - Curitiba/PR), Gustavo Tozzi Coelho (PUCRS - Porto Alegre/RS), Indaiá Lima Mota (UFBA - Salvador/BA), Iverson Kech Ferreira (Uninter - Curitiba/PR), Leonardo Costa de Paula (UFPR - Curitiba/PR), Marcio Guedes Berti (Universidade do Oeste do Paraná - Toledo/PR), Rafael Fecury Nogueira (USP - São Paulo/SP), Renan Barboza de Faria (USP - São Paulo/SP), Simone Henrique (USP - São Paulo/SP), Túlio Felipe Xavier Januário (Universidade de Coimbra - Portugal).

PRODUÇÃO GRÁFICA E CAPA: p2g.studio | Tel.: (11) 2400-0038 | E-mail: contato@p2g.studio

REVISÃO: Rogério Pelizzari de Andrade | E-mail: rpelizzari@usp.br

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

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

Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave)

www.ibccrim.org.br



2º CURSO INTERNACIONAL IBCCRIM-COIMBRA

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS + UNIVERSIDADE DE COIMBRA

COMPLIANCE

INSCRIÇÕES ABERTAS

AULAS PRESENCIAIS



6 de maio a 3 de julho
de quarta à sexta
18h30 às 21h30



Instituto dos Advogados
de São Paulo
IASP: Avenida Paulista,
1294 - São Paulo (SP)

AULAS EAD:

A partir de 17 de maio
na plataforma EADBOX



Inscrições: www.ibccrim.org.br/compliance2020

