

Editorial

Todos contra a corrupção

Há determinados males que, a despeito de existirem desde sempre, permanecem na penumbra, muitas vezes camuflados por outras patologias sociais, e que somente afloram quando – e se – um raio de luz os projete. Eis o caso da corrupção em nosso país. Com efeito, a estridência dos recentes escândalos, de proporções inéditas, mas de contornos ainda desconhecidos, expôs, às escâncaras, a face mais perniciososa da indecência no trato do dinheiro público, permitindo que a corrupção se tornasse o inimigo da vez a ser duramente debelado pela sociedade.

Utilizando-se desse cenário como pano de fundo, e aproveitando da angústia que indiscriminadamente assola os brasileiros, o Ministério Público Federal lançou neste ano campanha, sob a rubrica “10 Medidas Contra a Corrupção”⁽¹⁾, por meio da qual propõe uma série de alterações legislativas aptas a, no entender do órgão ministerial, tornar o Brasil um país “mais justo, com menos corrupção e menos impunidade”.

Aludidas propostas, veiculadas sob competente viés propagandístico, foram lançadas à sociedade em forma de um pacote único – quase inseparável –, cujo conteúdo se revestiria de medidas consideradas imprescindíveis para tornar o ordenamento jurídico mais eficiente no combate à corrupção. Atualmente, as propostas percorrem as principais cidades do país em busca da necessária adesão para originar um projeto de lei de iniciativa popular.

A iniciativa, em sua essência, deve ser elogiada, pois uma sociedade menos corroída pelo mal da corrupção é um anseio comum. Toda e qualquer proposta legislativa que vise à melhoria do sistema de justiça criminal e, por consequência, à construção de uma sociedade mais justa, merece a atenção de todos os atores envolvidos na persecução penal – membros do Ministério Público, juízes, advogados – e, mais, de todos os cidadãos. Afinal, somos todos contra a corrupção.

Todavia, uma breve corrida de olhos pelas pretensões do Ministério Público é suficiente para revelar que as “10 Medidas Contra a Corrupção”, se no nome seduz (afinal, a levar em conta apenas o título, quem seria contra?), em muitos pontos de seu conteúdo causa preocupação. Muitas das medidas – por mais que sejam bem intencionadas na eliminação da hoje endêmica corrupção – representam um retrocesso punitivista do sistema penal e processual penal, seja por importações impensadas de institutos jurídicos estrangeiros, seja pelo aumento desmedido de penas sem a construção de mecanismos que garantam maior efetividade à aplicação das leis penais, seja pelas sugeridas alterações legais que afrontam garantias constitucionais tão caras como a presunção de inocência.

Nesse contexto, o que preocupa o IBCCRIM (e deveria também preocupar todos os que compartilham do mesmo ideal de construção de uma sociedade mais justa e democrática) é a maneira pela qual se pretende enfrentar esse mal da corrupção. Em muitas das proposições, o fio condutor é, infelizmente, a já vetusta (mas sempre presente) política de recrudescimento do sistema penal para solução dos problemas imediatos que atormentam o

sentimento público.

Em outras palavras, o elogiado ideal de eliminação da corrupção, em vez de levar ao aperfeiçoamento do sistema público de administração e de justiça, pode implicar um retrocesso legal, que até pode se prestar a saciar em parte os anseios momentâneos, mas que, *paradoxalmente*, corre o risco de se revelar em um próprio incremento do mal combatido: a *corrupção* dos sistemas penal e processual penal (enquanto desvirtuamento de princípios legais e constitucionais) como meio para o “combate” à própria corrupção.

Importante destacar que não somente de propostas descabidas é formado o pacote de medidas do Ministério Público. Há as alvissareiras, sem dúvida. A título de exemplo, de se citar a criação de regras de *accountability* dos tribunais, instrumento este absolutamente necessário para modernização e avanço do arcabouço normativo vigente. Contudo, diante de um contexto de propostas desencontradas, desprovidas de um elo estruturante, tal medida se perde e, infelizmente, torna-se de menor relevância.

O IBCCRIM, no seu inarredável compromisso de defesa do Estado Democrático de Direito, e na constante luta para preservação das garantias individuais constitucionais, não há de ficar silente diante de proposta que pretende promover significantes alterações no sistema penal brasileiro. É nesse sentido que apresenta à comunidade o presente *Boletim Especial*, com artigos de especialistas sobre os principais temas penais e processuais-penais contidos nas “10 Medidas Contra a Corrupção”.

Para muito além de apenas criticar, e atento às vivas palavras do escritor francês, André Gide, “*creia nos que procuram a verdade; duvide dos que a encontram*”, o Instituto, de maneira alguma, se pretende o bastião da verdade nos assuntos aqui tratados. Procura, ao revés, simplesmente trazer ideias – ainda que contramajoritárias por natureza – aptas a contribuir para um debate entre a comunidade, tendo como único objetivo um prognóstico saudável de nosso modelo de justiça criminal.

Não há dúvida de que a corrupção corrói sordidamente as instituições, limita o desenvolvimento de um país e, em última instância, suprime verbas que deveriam ser destinadas ao bem-estar das camadas mais necessitadas da sociedade. O IBCCRIM, ciente de seu papel institucional, e em sintonia com o Ministério Público, está disposto a lutar contra todas as mazelas inerentes à corrupção. O inimigo, portanto, é comum. O que muda, como se verá nas páginas que seguem, é a forma de combatê-lo.

Nota

- (1) As referidas medidas podem ser acessadas no seguinte *link*, em que estão disponíveis, inclusive, as justificativas para cada item do projeto: <<http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas>>, acesso em: 21 nov. 2015.

| Editorial

MPF: As 10 medidas contra a corrupção são só ousadas?

Jacinto Miranda Coutinho_____2

Teste de integridade e sigilo da fonte: exame crítico

Flávio Antonio da Cruz_____4

Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito

Luis Greco_____7

Fábrica produtora de etiquetas

Alberto Silva Franco_____8

O trânsito em julgado da decisão condenatória

Geraldo Prado_____10

Mudanças no Sistema Recursal: só esqueceram de combinar com a Constituição...

Aury Lopes Jr_____12

Prescrição e impunidade: responsabilidade pública

René Ariel Dotti_____14

As propostas de alteração do regime de provas ilícitas no processo penal

Gustavo Badaró_____17

Anticorrupção ou corruptibilidade das formas?

Ricardo Jacobsen Gloeckner_____19

A ampliação das hipóteses de prisão preventiva: uma corrupção das conquistas civilizatórias

Rubens R. R. Casara_____21

Reflexões sobre confisco alargado

Juarez Cirino dos Santos_____23

The presumption of innocence and the right to a fair trial in international law

Timothy Otty QC_____24

PL 2902/11 (medidas cautelares patrimoniais no processo penal): resumo da nota técnica do IBCCRIM

O IBCCRIM, por nota técnica encaminhada à Câmara dos Deputados em 18 de novembro de 2015, apresentou suas considerações acerca do PL 2902/11, que pretende inserir um novo regime de medidas cautelares patrimoniais no processo penal.

A íntegra da nota pode ser acessada pelo seguinte link: < http://www.ibccrim.org.br/docs/pl_2902_2011.pdf >

MPF: As 10 medidas contra a corrupção são só ousadas?

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

“Mani pulite non ha cambiato l'Italia, basta guardarsi intorno per capirlo. Il livello di trasgressività di questo Paese è rimasto quello di prima. Dal punto di vista strettamente giudiziario, è stata la prova provata che in una situazione del genere l'amministrazione della giustizia non raggiunge i suoi scopi. E che, funzionando malissimo, può anche creare ingiustizie. // A me, però, Mani pulite è servita molto. (...)”
(GHERARDO COLOMBO)⁽¹⁾

I. Introdução

Um exemplo para os homens: suponha-se que você tem um carro velho e nele aparece, por conta de uma forte ferrugem (daquelas que furam a lataria), várias bolhas na pintura, que se não consegue tapar com adesivos. Preocupado com a situação e querendo resolver o problema, você leva o automóvel até uma Oficina e, nela, o latoeiro lhe dá uma sugestão: “Doutor, isso é coisa simples, basta dar uma lixada e passar uma demão que está resolvido!” – O carro é seu; a opção é sua; e o dinheiro também!

Um exemplo para as mulheres: suponha-se que você casou com um sujeito que bebe muito porque esperava o final da festa etílica com o casamento, mas isso não ocorreu. Passados alguns anos a coisa foi ficando cada vez pior e agregado a outros problemas lhe veio uma insônia terrível. Com ela, vieram as inevitáveis olheiras. Para resolver seu problema você vai ao médico que lhe indicaram, um cirurgião plástico. Ele, porém, logo lhe diz que não tem muito para fazer mas que na clínica dele há um novo setor, de estética, no qual tem profissionais especializados na situação. Você vai a tal setor e nele é atendida. O especialista – por sinal muito capacitado – é rápido e taxativo: “Doutora, resolvo seu problema com pancake, blush e uma nova resina facial inventada nos Estados Unidos da América e, portanto, a última palavra no assunto – porque o que se faz nos EUA é sempre melhor! –, daquela que só sai com água fervendo no banho.” – O marido é seu; a olheira é sua; a opção é sua; e o dinheiro também!

Os dois exemplos são suficientes para se perceber como o latoeiro e o esteticista têm uma solução – sem dúvida! –, mas elas não resolvem os problemas das pessoas, embora, de certo modo, resolva o deles, que vendem seus produtos e serviços. Assim, resolvem e não resolvem os problemas. No que resolvem, fazem-no parcialmente, isto é, parte dos problemas encontram solução. A parte, porém – sabe-se há muito – não é o todo e nele está o verdadeiro problema, aquele que se deve resolver. Assim, uma lixada e uma demão (no caso da solução do latoeiro) ou o *pancake*, *blush* e uma nova resina facial norte-americana (no caso da solução do esteticista) são expressões daquilo que pode ser legal ou ilegal mas que, sempre, enganam o freguês se, de fato, o que ele quer como resultado é outra coisa: os buracos causados pela ferrugem não vão acabar, muito menos o marido da doutora vai se curar do alcoolismo.

Pode ser, porém, que as pessoas queiram se enganar, o que não é de se descartar, mormente quando estejam em situações psicologicamente complexas. Nesse ponto, a questão depende sobremaneira do vendedor que, ciente do problema, não deve oferecer como solução à parte se, para resolver o problema, precisa dar conta do todo. Eis por que, em outro cenário, algo ficou conhecido como ouro de tolo.

II. As 10 medidas contra a corrupção, do MPF: bases gerais

A partir desses exemplos pode-se, *mutatis mutandis*, pensar “As 10 medidas contra a corrupção”, do MPF.

Como no exemplo do latoeiro ou do esteticista, o MPF (talvez refletindo alguns dos seus membros e não a totalidade) apresenta propostas que em grande escala são inconstitucionais e, no que não são, além de altamente discutíveis, não resolvem os problemas que querem resolver, o que se conclui com a mera projeção dos resultados.

Elas refletem – e isso é patente – uma guinada do MPF na direção do repressivismo e do punitivismo, sem muitos olhos para a Constituição da República e mormente, nela, para as cláusulas pétreas. Nesta escalada, logo se terá pastores e falsos profetas pregando a prisão perpétua e a pena de morte como solução definitiva para os problemas criminais, mais ou menos como se passou na Idade Média; e antes, quem sabe, vêm mais formas de tortura, além daquelas já colocadas em prática por meio do sofrimento psicológico.

Por que, porém, essa guinada e essa postura? Mormente se acompanhada por esse desprezo quase solene pela Constituição da República, como se ela não existisse e, mesmo que assim não fosse, isto é, levando-se em conta que ela existe e deve ser respeitada, faz-se dela pouco caso, como se não tivesse importância. Aqui, aparentemente, ao se investir contra a CR, “os fins justificam os meios” e, assim, nada pode deter um querer compromissado com os resultados (nem os limites impostos, começando pela CR!), sejam eles quais forem e mesmo se interessam a quem interessam, até porque ninguém pode ser ingênuo o suficiente para imaginar que se não trate – tal postura – de algo ideológico.

Tudo, porém, sem esquecer de que o MP “é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, CR), o qual tem, dentre suas funções institucionais, “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (art. 129, II, CR).

Ora, não precisa muito saber para perceber que a postura está a negar, no choque das posições, o princípio democrático, o princípio republicano, e o princípio da confiança (dentre outros), os quais são, todos, fundamentos dos fundamentos que regem a sociedade. E que isso reflete um modo de pensar diretamente ligado à ideologia e epistemologia neoliberal, de base mercadológica, à qual a ordem constitucional é uma ordem injusta por definição. Aqui, por certo, está o ovo da serpente, embora não sejam muitos os que queiram perceber.

Se se tem no Brasil uma “Constituição cidadã” e que aponta na direção da civilidade, tudo que venha de encontro a ela aponta na direção da barbárie porque, como se sabe, tende a suprimir direitos e garantias constitucionais que não são de alguns mas de todos.

Assim, ninguém é a favor ou pode ser a favor da corrupção; mas ninguém está autorizado a passar por cima da Constituição da República e demais leis e, antes, pelos seus fundamentos, seja lá por que for; e em nome de quem for, por mais nobre que possa parecer o motivo e ainda que seja ele o combate à corrupção.

A corrupção, enfim, combate-se com os meios democráticos que se têm à mão; e nunca fora deles.

III. As 10 medidas contra a corrupção, do MPF: bases específicas – questões pontuais

Um exemplo do ilustre Desembargador **Claudio Luis Braga Dell’Orto**, do Rio de Janeiro: “*Diante de uma lide complicada de uma senhora de idade referente a grandes valores, os interessados resolvem mandar falar com o juiz, para tentar convencê-lo, uma bela jovem loira, com grande atributos, mas ele embora a receba bem não lhe dá nenhuma atenção. Os mesmos interessados – já meio desconfiados – resolvem mandar falar com o tal juiz um garoto ‘saradão’, aqueles de academia e barriga ‘tanquinho’, esperando que tivesse mais sucesso. Ele, da mesma forma, embora tivesse sido bem recebido, não obteve nada de útil senão a promessa de que se iria bem apreciar a lide. Sem desistir do objetivo – e um tanto marcados pelos tempos atuais no qual se desconfia de todo mundo – os interessados decidiram, então, mandar alguém com uma mala de dinheiro e habilidade para se fazer entender. Tal pessoa, de fato, foi bem recebida pelo juiz que, com educação fingiu não ter entendido nada da conversa e despachou o inapropriado emissário. Passado um tempo e realmente precisando daquilo que pretendia, a própria senhora, desgostosa com os que defendiam seus interesses, foi, ela mesma, falar com o juiz e, de coração aberto, contou-lhe sua vida e o problema imenso que vinha passando. Ela, uma senhora normal – mas muito sofrida com o problema –, como quase todas as mães do mundo seriam em tal situação, não tendo motivos para mentir, de fato causou impressão no magistrado que, logo em seguida, julgou a lide e lhe deu ganho de causa, conforme sua pretensão. E todos disseram: ‘viu como ele era predisposto à corrupção!’.*”

Neste tema e antes de tudo é preciso ter presente que a civilização ocidental, depois da modernidade e do Estado Moderno, fundou-se, por razões conhecidas, na confiança e, assim, até prova em contrário o cidadão é honesto, correto, inocente. Isso permite, por exemplo, que se presuma que as pessoas vão cumprir, de fato, as leis e as regras nelas contidas, algo que faz a extragrande maioria. Eis por que todos, sem pestanejar, cruzam os sinais/sinais quando a luz estiver verde. Afinal, todos os que estiverem no lado oposto estarão com seus veículos parados ou irão parar. Tem-se, enfim, confiança. O Direito Penal, por isso – e outras coisas, como se sabe – vai-se interessar pelas condutas, ações ou omissões, tão só após a consumação (ou tentativa, como consumação cortada), salvo as hipóteses taxativamente previstas nas quais se estabelece como criminais os atos preparatórios. A cogitação, pois, para tal fim, é indiferente, justo porque reside no espaço de liberdade que só pode interessar ao próprio cidadão.

Desde este ponto de vista, já a primeira proposta do MPF – sobre a prevenção à corrupção – soa absurda (também no sentido filosófico) porque parte, propositadamente, de um fundamento oposto, senão contrário: todos são desonestos até prova em contrário. Ora, se para “prevenir a corrupção” – seja lá com a desculpa que for – dever-se-á proceder à “realização de testes de integridade”, ou seja, “simulação de situações, sem o conhecimento do agente público ou empregado, com o objetivo de testar sua conduta moral e predisposição para cometer crimes contra a Administração Pública”, então se está partindo da “presunção de desonestidade”, isto é, de que embora não tenha cometido crime algum possa cogitar cometê-lo, razão por que deve ser testado em face de sua “conduta moral e predisposição”. Ora, isso é imoral! Não fosse, antes, inconstitucional e ilegal. Portanto, se valer para algum lugar, pode-se dizer que nele se está marchando para a barbárie. No Brasil, como parece primário, não seria diferente, mas se teria que negar a Constituição da República.

Por sinal, neste caminho estão todos – todos! – os atos de prospecção que se têm praticado para verificar se os cidadãos estão a cometer crimes (dos quais ainda não se têm notícia) ou mesmo se têm alguma predisposição para tanto. Ora, se se grampear o telefone de qualquer pessoa – qualquer pessoa! – por um bom tempo, por certo se conseguirá ligar conversas e frases soltas que apontem em alguma direção que se possa tomar como criminosa. Isso, porém, não é moral e muito menos legal. Antes, é criminoso; e deveria ser perseguido.

Por outro lado, o “*aumento da eficiência e da justiça dos recursos no processo penal*” (que está na Proposta n. 4) mostra, pela *eficiência*, o modelo neoliberal que empurra as ditas propostas mas, sobretudo, quando propõe a supressão de direitos do acusado, assim o faz porque há demora nos processos e que isso, em linha geral, ocorre porque “as defesas empregam estratégias protelatórias”. Em primeiro lugar, para alguém propor algo do gênero e ser conscientemente acolhido e respeitado deveria, antes de qualquer coisa, cumprir seus próprios prazos e, portanto, respeitar a lei,

algo que não é muito frequente em se tratando do MPF (embora muitos o façam), logo, há uma nítida tentativa de se empurrar às defesas uma culpa que não é delas, embora, quem sabe, isso possa ser uma tentativa de se esconder da própria culpa. Sobre o tema **Freud** trabalhou bem e se conhece alguma coisa dele de modo a não se cair na retórica fácil. Em segundo lugar, faz-se o tempo de, em definitivo, entender-se que a responsabilidade pela condução dos processos é dos juízes; e que a grande maioria deles, quando sabem sobre suas funções e conduzem os processos como determina a lei (portanto, sem qualquer arbitrariedade), nada prescreve. Ora, se para a maioria nada prescreve e eles cumprem a lei, parece evidente que o problema, nas hipóteses em que incidem a prescrição, está em outro lugar; e que ele não diz com o exercício dos direitos, mormente aqueles vinculados aos recursos, os quais os advogados, por contrato ou em face da lei, exercitam. A discussão, portanto, é mais profunda e, por certo, não deve ser pautada pela atribuição de culpa, mormente a quem não a tem.

As propostas, na sua generalidade, mereceriam uma leitura mais adequada e complexa, mas o espaço restrito de um mero ensaio não permite. Serve, porém, uma análise a mais.

O texto da epígrafe, de **Gherardo Colombo** (um dos principais membros do *pool* – Força Tarefa – de *Mani Pulite*), não pode ser desprezado naquilo que é uma das suas conclusões mais importantes, inclusive no que ele fala dele mesmo. De fato, como ele mesmo diz, *Mani Pulite* não mudou a Itália (como nada parecido vai mudar o Brasil), nem serviu para o que veio, tendo produzido injustiças por agir mal.

Serviu, porém – e muito –, para ele. Neste passo, é preciso pensar bem nisso, ou seja, naquilo em que um discurso geral carregue, nas suas entranhas, o gozo individual, mormente quando apresentado como sintoma pela vaidade. Isso fica interessante no belo filme *The Devil’s Advocate* (de Taylor Hackford, 1997), quando Al Pacino, como diabo, diz: “*Vanity is definitely my favourite sin!*” (“*Vaidade é, definitivamente, meu pecado favorito!*”). Nas horas difíceis, algo se apossa dos egos claudicantes.

Mas por que claudicam? Por que agem como agem, como que se estivessem em uma guerra santa? Em uma guerra contra o mal? Numa Jihad? A resposta é difícil, mas *Contardo Calligaris* (FSP, 19.11.2015, p. C8), em um texto interessante no qual mantém posição que vem exprimindo há muito, dá uma pista que, por óbvio, não se pode tomar como verdade absoluta mas que, sendo uma pista, ajuda a pensar: “*Os jihadistas atacam em nós o que mais os seduz. O que eles odeiam são os atos e os pensamentos que eles precisam destruir dentro de si. Os mortos de Paris, para os jihadistas, não são pessoas (sequer ‘infiéis’): eles são os representantes de suas próprias tentações internas. Como sempre, os moralistas perseguem (e até exterminam) seus próprios desejos rebeldes*”.

Enquanto isso, resta a todos lutar pela democracia; e ela, bem ou mal, começa pelo respeito às leis, a partir da Constituição da República. A moral é necessária, enfim; mas é outra coisa, que se não ajusta com a generalidade, razão por que cada um – como padrão – tem a sua e, sendo assim, não se presta para regular um espaço que vai – e deve ir – sempre marcado pela diferença; e, principalmente, pelo respeito à diferença.

Nota

- (1) COLOMBO, Gherardo. *Lettera a um figlio su Mani Pulite*. Milano: Garzanti, 2015. p. 91: “*Mãos limpas não mudou a Itália, e para isso entender basta olhar por aí. O nível de transgressão deste país permaneceu aquele de antes. Do ponto de vista estritamente judiciário, ela foi a prova provada que em uma situação do gênero a administração da justiça não alcança os seus escopos. E que, funcionando muito mal, pode também criar injustiças. // A mim, porém, Mãos limpas serviu muito. (...)*” (tradução livre).

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Professor Titular de Direito Processual Penal na Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Paraná.
Doutor (*Università degli Studi di Roma – La Sapienza*).
Membro da Comissão de Juristas do Senado Federal que
elaborou o Anteprojeto de Reforma Global do CPP,
hoje Projeto 156/2009-PLS.

Teste de integridade e sigilo da fonte: exame crítico

Flavio Antônio da Cruz

“Nossas autoridades não buscam a culpa na população, mas, conforme consta na lei, são atraídas pela culpa e precisam nos enviar – a nós, guardas. Esta é a lei”, diz o policial. K. alega ignorar essa lei. “O senhor irá senti-la.” – KAFKA.⁽¹⁾

Merece aplausos a iniciativa do IBCCRIM de submeter a amplo debate público as propostas empreendidas pelo Ministério Público Federal para enfrentamento da corrupção em solo brasileiro.

Não raro, como explicita **José Luiz Díez Ripollés**,⁽²⁾ o discurso jurídico concentra sua atenção sobre os textos normativos já produzidos, sendo incomuns os estudos sobre a qualidade das proposições em curso junto ao Parlamento.

A Procuradoria da República é digna de encômios, por seu turno, ao adotar uma atitude proativa, buscando contribuir para a boa gestão da coisa pública. Convém reconhecer que há, de fato, elevados índices de crimes contra a Administração Pública em solo nacional – mesmo quando abstraídas as cifras negras e douradas –, sobretudo diante de uma indevida confusão entre espaço público e privado no âmbito de um Estado de modernidade tardia em que ainda vigora o lamentável “sabe com quem está falando?”.⁽³⁾

O problema não está tanto no diagnóstico promovido pelo MPF, mas muito mais nas soluções que ele preconiza no âmbito do projeto denominado de 10 medidas de combate à corrupção.

Examinando aqui, de modo breve, a proposta no que toca à adoção, entre nós, do chamado teste de integridade, concebido originalmente no âmbito da *Common Law*. Também tratarei da questão alusiva ao sigilo da fonte.

Há conhecidas dificuldades probatórias quanto à investigação de determinadas suspeitas públicas. No mais das vezes, as apurações criminais têm início com a *notitia criminis* promovida por alguém que se diz vítima de uma agressão ou de um engodo, o que acaba por ensejar a deflagração de um inquérito permitindo que eventuais testemunhas sejam inquiridas e evidências físicas possam ser apreendidas, se localizadas.

Os delitos praticados em desfavor dos chamados “complexos funcionais”⁽⁴⁾ – por exemplo, ambiente, ordem tributária, Sistema Financeiro – comumente são promovidos sem a presença de espectadores ou sem deixar efetivo lastro documental. Com alguma frequência, examinados desde fora, o ato administrativo escorreito e aquele outro praticado com desvio de finalidade, mediante promessa ou pagamento de propina, são bastante semelhantes entre si, diferenciando-se apenas em razão da motivação daquele que deveria servir ao povo.

A negociação da vantagem ilícita pode ter ocorrido a portas fechadas, apenas com o conhecimento do servidor público venal e de quem pratica a corrupção ativa. O crime de cartel pode não ser demonstrado sem que alguém diretamente envolvido relate aquilo que sabe; peculatos restam despercebidos se quem deve fiscalizar a ordenação da despesa também tenha sido cúmplice no delito e assim por diante.

É por conta desses embaraços que surgem compreensíveis – mas, apesar disso, absolutamente indevidas! – propostas de desconsideração das garantias fundamentais. Os órgãos de persecução penal deparam-se com suspeitas e buscam confirmá-las, nem que seja mediante a aniquilação de direitos conquistados a muito custo e que servem, na ponta, justamente para impedir gravíssima forma de corrupção: a conversão do Estado de Direito em consumado Estado de Polícia.

Por mais que haja experiências mais antigas quanto ao *loyalty board procedure*, o chamado teste de integridade – *integrity testing* – tem origem, ao que consta, no âmbito do Departamento de Polícia de Nova Iorque, nos idos de 1994, mediante implementação das recomendações do *Mollen Commission of Inquiry*.⁽⁵⁾ A medida também foi adotada no âmbito da Austrália, por meio do *Law Enforcement Integrity Commissioner Act*, de 2006.

A partir de 1999, algumas jurisdições do Reino Unido empregaram esse mecanismo, lá denominado de *quality assurance check*, para fiscalização das atividades desempenhadas por policiais metropolitanos em Londres. Sabe-se também que o Secretariado do Conselho da Europa tem recomendado a sua

adoção enquanto ferramenta de guerra – a expressão que utilizam é mesmo essa – contra a corrupção sistêmica.

Ademais, há algum paralelo de tais medidas com o chamado teste do polígrafo, pelo qual funcionários estatais são submetidos ao aparelho com suposta aptidão para detectar mentiras.

No que consiste, exatamente, tal teste de integridade?

As autoridades de apuração criminal simulam uma situação qualquer, ofertando vantagens indevidas para algum servidor público, justamente com o fim de testar sua capacidade de resistir à tentação delitiva. Busca-se, com isso, estimular que servidores do povo se sintam vigiados, cientes de que o proponente do subterfúgio ilícito pode ser um agente estatal disfarçado.

Cuida-se de projeção da lógica do controle do crime, aludida na obra de **Herbert L. Packer**.⁽⁶⁾ Imagina-se, então, que a função primordial do processo criminal seja a inibição de possíveis malfeitos, ao invés da noção fundamental de que apenas se investigam atividades delitivas já perpetradas ou, quando menos, em vias de efetiva realização.

Em regra, nos sistemas que os admitem, são empregadas duas modalidades de teste de integridade. O *targeted test* é fundado em uma suspeita prévia, endereçada a um servidor público específico, exigindo alguma justa causa para sua aplicação. Comumente, porém, os agentes estatais encarregados da simulação se contentam com a existência de alguma *notitia criminis*, algum indício de enriquecimento sem causa ou algo semelhante, a fim de submeter o alvo da desconfiança pública a essa espécie de ordália moderna.

Também há o *random test*, aplicado aleatoriamente e com alguma periodicidade, mediante a submissão ao mencionado expediente de um conjunto impreciso e não previamente delimitado de funcionários públicos, de modo parecido a uma prova surpresa.

Agentes estatais responsáveis pela correição da atividade policial podem eventualmente deixar um carro aos cuidados de determinado servidor, ocultando no seu interior elevada quantia de dinheiro ou mesmo drogas, filmando a forma como o avaliado se comporta. Também pode ser ofertada, com simulação, alguma promoção na carreira em troca de ocultação de evidências ou para alguma outra espécie de atividade ilícita.

Há alguns outros detalhes a respeito do mencionado instituto; dados os limites, porém, do presente exame, esse resumo é suficiente.

Ora, em um país com índices excessivos de corrupção, em que quase mensalmente surgem escândalos tenebrosos envolvendo altas autoridades e elevados montantes – dinheiro que falta em hospitais e escolas! –, que objeção juristas poderiam ter ao emprego de uma técnica para se identificar servidores do povo com enorme tendência a se servirem do povo?

Muitas.

A intenção é boa. Como notório, porém, delas o inferno está cheio! Direitos fundamentais e as correlatas garantias processuais são conquistas civilizatórias importantíssimas, não podendo ser sacrificados no altar da boa-vontade cívica.⁽⁷⁾

A afirmação e reafirmação dos limites indispensáveis para a atividade estatal acabam ensejando o aprimoramento do grau de cidadania e de democracia em uma comunidade política. É indispensável que o Estado saiba que há limites e que efetivamente os respeite.

Vê-se que o teste de fidelidade está orientado ao futuro, buscando aferir se alguém tem propensão à prática de crimes mais adiante. Sei bem que o procedimento também pode ser imaginado como um instrumento para se investigar crimes pretéritos, a partir de uma indevida lógica por abdução: o sujeito cometeu o delito x, dado que aceitou propina na subsequente simulação y.

Mas, como regra, os testes de fidelidade se escoram na nefasta concepção distópica bem verbalizada na obra de **Philip K. Dick** (*The minority report*). Almeja-se impedir crimes ainda não iniciados, mas que se imaginam possíveis ou prováveis.

Ao empregar o aludido teste, o Estado acaba por deitar por terra um compromisso importantíssimo das democracias liberais: a crença de que o sistema de justiça criminal está destinado a garantir que nenhum inocente seja punido.⁽⁸⁾ A culpa deve ser aferida pela efetiva prática de uma conduta objetiva e subjetivamente típica, ilícita e culpável, apurada sob devido processo.

Note-se que, de certo modo, o mencionado teste de fidelidade acaba por vitimar aquele conhecido aforismo de **Ulpiano**, *cogitationis poenam nemo patitur*. Trata-se de punição da mera vontade do agente, eis que – em termos objetivos – efetiva situação delitiva não há, mas mero fingimento.⁽⁹⁾

Alguém nutre grande ódio por determinado vizinho e o Estado almeja testar se ele teria propensões delitivas. Disfarça, então, um determinado boneco, de modo a ganhar muita semelhança com o desafeto do sujeito sob teste. E eis que ele dispara, então, vários golpes de faca, imaginando ter matado seu antagonista. E então? Há crime?

Apenas uma concepção fundada em juízos de mera periculosidade – e esses são, em regra, exames verificacionistas,⁽¹⁰⁾ infensos a efetivo controle empírico – pode estimular que algo do gênero seja aceito. Pune-se a pretensa intenção delitiva, mas deflagrada em um contexto simulado, forjado, diferente daquele que realmente teria existido, caso não fosse o teatro empregado.

Revela-se, com isso, uma eventual deliberação celerada, mas sem a efetiva agressão ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora.

O teste propugnado pelo MPF funda-se em uma indevida noção de criminalidade ontológica, supondo que o delito seja projeção do caráter do agente. Note-se que o fundamento da medida é identificar “corruptos”, em vez de investigar reais atos de corrupção. Cuida-se de projeção de um Direito Penal do autor ou de tipos normativos subjetivos, com um histórico fascista, como é notório.⁽¹¹⁾

A medida enfrenta os mesmos dilemas inerentes à atuação de agentes encobertos e a difícil distinção dos agentes provocadores. O teste de fidelidade se destina a simplesmente captar um crime que estaria em vias de ocorrer – algo semelhante ao flagrante esperado –, ou, ao contrário, busca verdadeiramente criar as condições para que o delito ocorra? Ao simular a situação toda, por acaso o Estado não está, ele próprio, criando a oportunidade do cogitado crime?

O teste é uma manifestação do conhecido teorema de **William Thomas** ou daquilo que **Karl Popper** denominava efeito de Édipo. Em alguma medida, ao empregar o mecanismo, o Estado pode simplesmente dar ensejo à realização do pseudocrime que ele temia estar em vias de ocorrer.

Salvo pontuais exceções, a República Federativa do Brasil não fundamenta a punição de alguém no mero exame da sua *mens rea*, i.e., do seu dolo ou do seu conhecimento da ilicitude (elementos anímicos). Digo que há pontuais e indevidas exceções, diante do fato de que o erro sobre a pessoa pode, eventualmente, justificar incremento de pena (art. 20, § 3.º, do CP), para além dos problemas inerentes à *actio libera in causa*, entre nós adotada de forma bastante ampla e versarista (art. 28, II, do CP).

De toda sorte, é fato que, em solo brasileiro, não se pode punir o chamado crime impossível, conforme se infere da expressa disposição do art. 17 do CP. Quando o agente emprega um meio absolutamente inidôneo – por mais que ele desconheça essa circunstância – simplesmente não há infração penal. A vingar lógica inversa, dar-se-ia vida a um direito penal do dever, imaginando-se o crime como mero ato de rebeldia jurídica.

Conquanto apenas se possa reconhecer a ocorrência de um crime quando provada a efetiva ofensa a um mínimo ético (i.e., bem jurídico), compatível com as pautas constitucionais, é também fato que nem toda agressão a interesses públicos poderá ser reputada como delito. Não se pode confundir a sanção criminal com a reprovação moral e, menos ainda, com a censura meramente moralista e sazonal, eis que são esferas de normatividade distintas.

A culpa é limite da pena e não seu fundamento. Não se admite pena sem prova da culpa – *nulla poena sine culpa* –, mas o sistema admite, e deve mesmo admitir em certos casos, diante do postulado da *ultima ratio*, que a punição não seja aplicada, a despeito da prova da culpabilidade de alguém.

O tema coloca em causa a conhecida Súmula 145 da Suprema Corte: “*não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação*”.

Cuida-se da diferença entre, de um lado, observar algo que estava em vias de ocorrer, e, de outro modo, produzir o crime que se queria meramente

espionar. Em termos bíblicos, seria o mesmo que enviar Lúcifer para testar o Cristo – também aqui uma espécie de teste de integridade –, a fim de conferir a sua lealdade aos desígnios divinos. Humanos nem sempre são Cristos ou santos como Antão Anacoreta, e o Estado está longe de se revestir da perfeição ética de poder testar seus cidadãos.

A diferenciação entre agentes encobertos e agentes provocadores é extremamente difícil, o que justifica as naturais resistências ao efetivo emprego desse mecanismo, ainda que tenha sido previsto no art. 3.º da Lei 12.850/2013. E isso pelo fato de que, nas situações em que se pode imaginar a ocorrência do teste de fidelidade, é o Estado que adota a iniciativa, sugerindo o pagamento de propina ao seu funcionário.

O próprio Ministério Público Federal acaba por reconhecer que, de certo modo, dito teste pode simplesmente atingir servidores momentaneamente tentados por uma quantia significativa ou por qualquer vantagem que repute expressiva, mas que, em um outro contexto, não teriam realizado aquela mesma reprovável conduta. O art. 3.º do projeto expressa claramente que se busca investigar uma pretensa predisposição delitiva de alguém, como se isso fosse algo inerente a um grupo específico de pessoas.

Mas a predisposição para a prática de desvios – algo que é inerente, diga-se de passagem, à própria condição humana⁽¹²⁾ – não pode ser punida como se já fosse o próprio crime. E, portanto, não pode ensejar reprovação criminal, quando é o próprio Estado quem promove uma espécie de simulação ou comédia, como dizia Nelson Hungria.

Segundo a justificativa da Procuradoria da República: “*Para proteger o servidor público, ressalte-se, é vedada pelo projeto a realização de testes que representem uma tentação desmedida, a qual poderia levar uma pessoa honesta a se corromper*”.

Note-se, todavia, que referida ressalva não foi veiculada expressamente na proposta apresentada. Por sinal, esse é um conceito valorativo, extremamente aberto e poroso. Há reconhecimento implícito de que, de certo modo, cuida-se de estimular a prática de crimes, no afã de sancioná-los, muito mais do que fiscalizar, a distância, crimes realmente em curso.

Mesmo no âmbito administrativo tais mecanismos devem ser vistos com extrema reserva, dado que o Estado não pode simplesmente armar arapucas contra seus servidores, sob pena de violentar o conteúdo substantivo da cláusula do devido processo.

Acrescente-se que, seguindo a lógica já presente no sistema de *compliance* (art. 11, II, da Lei 9.613/1998), a proposta preconiza que a realização do teste e seus resultados sejam mantidos em segredo, sem que o servidor público tenha o direito de saber que foi alvo da simulação. Pode-se ensejar uma perigosa trama kafkiana, em que o sujeito se converte em objeto de experimentos nas mãos de autoridades sedentas por encontrar a culpa na população.

Estimular-se-ia, assim, um clima de efetiva desconfiança entre os agentes estatais, algo um tanto diferente do dever de *accountability*, compreendido como dever de se prestar contas. Submete-se o servidor a um simulacro, em tudo semelhante àquelas degradantes pegadinhas televisivas, de péssimo gosto.

A necessidade de prévia autorização judicial apenas é aludida, no projeto, para a aplicação da medida pelo MPF e autoridades policiais no âmbito de apurações e processos criminais ou para investigação de supostos atos de improbidade (art. 9.º do Projeto), sem que essa condição seja aludida no art. 4.º, franqueando-se amplamente o uso da medida no âmbito do Direito Administrativo sancionador.

Vê-se que se trata de meio ilícito de prova, proscrito pela Constituição, seja para instrução no âmbito de arguições penais, seja para a instrução de processos civis (art. 5.º, LVI, da CF).

A vingar a lógica da proposta, dever-se-ia cogitar de um teste de integridade na aplicação de testes de integridade, e assim por diante, em *loop* infinito. Carecemos de reformas, mas temo que o projeto do MPF acabe por comprometer vigas mestras do sistema de garantias vigentes no país, a despeito do respeitável propósito que o anima.

O outro tópico diz respeito ao sigilo da fonte, propugnado nas “10 medidas”.

O projeto preconiza que o representante do Ministério Público possa manter em sigilo absoluto a fonte de informação responsável pela deflagração da apuração criminal, no que disser respeito à suspeita da prática de atos de corrupção, desde que isso seja essencial à obtenção de dados ou preservação da segurança do noticiante.

Cuida-se de projeto inconstitucional.

Viola-se, com isso, o direito ao confronto, já reconhecido pela jurisprudência estadunidense no caso *Pointer versus Texas* (1965, 380, U.S. 400), verdadeira projeção da 6.ª emenda à Constituição daquele país. Por sinal, em solo norte-americano, o tema é tratado como *Brady material*, eis que a acusação é obrigada a revelar ao acusado todos os elementos de informação relevantes para o exercício do direito à defesa (por exemplo, veja-se *Giglio versus USA*, 405, 1972).

Entre nós, o tema é tratado pelo art. 5.º, IV, da Constituição, ao vedar o anonimato. A questão foi alvo de detalhado exame por parte da Suprema Corte, ao apreciar a questão de ordem no Inquérito 1.957/PR e também ao editar a Súmula Vinculante 14.

Qualquer pessoa que tenha seus direitos fundamentais mitigados por conta da intervenção estatal possui a prerrogativa de confrontar quem o acusa. Note-se que apenas uma concepção inquisitorial do processo – semelhante àquela presente no *Maleus Malleficarum*⁽¹³⁾ – poderia vaticinar que o suspeito seja impedido de saber como a investigação preliminar teve início.

Cuida-se de retomada do aforismo, de triste memória, “*in atrocissimis leviores conjecture sufficiunt et licet judici jura transgredi*”. Algo como: se a suspeita é grave, então tudo seria válido para sua apuração... Mas nem tudo é válido, já que sob o Estado Constitucional fins não podem justificar os meios.

Aliás, o aludido conhecimento e acompanhamento são indispensáveis justamente para que o suspeito, o acusado e seu advogado possam fiscalizar a origem da apuração e discutir a sua legalidade. Caso vingue a proposta, há elevado risco de se utilizar provas obtidas por meios indevidos, selecionando-se os elementos de convicção a serem disponibilizados ao conhecimento do investigado ou arguido.

Não se desconhece a existência de reais riscos para noticiantes e vítimas.

Convém ter em conta, não obstante isso, que Direito pátrio já preconiza mecanismos para a proteção de informantes e testemunhas (Lei 9.807/1999) e até mesmo autoriza a eventual postergação da adoção de certas medidas (por exemplo, ações controladas). O que não se pode admitir é que direitos fundamentais de alguém sejam mitigados sem que lhe seja dada a oportunidade de efetivamente conhecer todos os detalhes da investigação criminal. Essa é a verdadeira *accountability* imposta quando em causa o exercício do poder punitivo.

É tempo de concluir.

Na terra de Bruzundangas e Bogoloffs, obras do genial **Lima Barreto**, somos atingidos cotidianamente pela corrupção que compromete as funções inerentes ao Estado. A indignação cívica é salutar e não se trata, aqui, de contemporizar com malfeitos.

Em que pese a necessidade de enfrentarmos as muitas mazelas públicas, não podemos deitar por terra garantias fundamentais, inerentes ao devido processo. No ímpeto de melhorar a vida em comum, não podemos simplesmente mitigar direitos indispensáveis em um país em que o próprio Estado é, em boa parte dos casos, um dos provocadores dos problemas que diz querer resolver... Aquilo que se autoriza, com bons propósitos, em casos de suspeitas graves, envolvendo desvios de recursos públicos, pode fortalecer o autoritarismo estatal, tendente a tratar os sujeitos como verdadeira cera mole na mão de inquisidores.

Convém não jogar a criança com a água suja da bacia.

As garantias fundamentais são como a abóbada do Mosteiro da Batalha, de que falava **Alexandre Herculano** na obra de 1839. Não basta apenas a vontade de se reformar a bela Catedral, é fundamental que o projeto arquitetônico que a mantém de pé seja respeitado. Do contrário, a construção soçobra... e ruínas juntos.

Notas

- (1) KAFKA, Franz. *O processo*. Trad. Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 12.
- (2) RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Régis Prado. São Paulo: RT, 2005, p. 13: “A escassa atenção dedicada à problemática relacionada à criação do Direito no âmbito da investigação jurídica é um fenômeno cada vez mais ressaltado e criticado, sem que isso tenha originado, porém, um aumento significativo do interesse acadêmico, que permanece centrado no estudo da aplicação judicial do Direito”.
- (3) Sobre a crise da indispensável diferenciação entre espaço público e privado e correspondentes problemas quanto ao exercício da autoridade, leia-se ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 6. ed. Trad. Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2007. p. 127-187. Veja-se também DAMATTA, Roberto. *A casa & a rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997. p. 53-60.
- (4) A respeito do tema, leia-se BARATTA, A. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 2, n. 5, jan.-mar., 1994, p. 5-24.
- (5) *Commission to investigate allegations of police corruption and anti-corruption procedures of the Police Department* (7 de julho de 1994). O relatório sustentou que o Departamento de Polícia de Nova Iorque estaria submetido a um elevado grau de corrupção – quase que sistêmica –, propondo a adoção de medidas proativas para prevenção de delitos. Isso ensejou a adoção de mecanismos bastante questionáveis de investigação interna, referendados pelo Prefeito Rudolph W. Giuliani, responsável pela criação do Comitê de Combate à Corrupção Policial/NY em 1995.
- (6) Herbert Packer contrapõe basicamente dois modelos/configurações dos sistemas de justiça criminal: (a) *due process model* – concebe o processo criminal como um mecanismo de contenção do poder punitivo, atribuindo ênfase para as garantias individuais; (b) *crime control model* – que vê o sistema de justiça como um mecanismo de inibição de condutas lesivas, reputando que um processo efetivo é aquele que reduz a maior grau de punição dos crimes havidos (*punitur quia peccatum est* e, ao mesmo tempo, *punitur ne peccetur*). Leia-se PACKER, Herbert L. Two models of the criminal process. *University of Pennsylvania Law Review*. vol. 113, No. 1 nov., 1964, p. 1-68; ver também PACKER, H. L. *The limits of criminal sanction*. Stanford: Stanford Press, 1968.
- (7) FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 5. ed. Trad. do italiano para o espanhol por Perfecto Andrés Ibañez e Andrea Greppi. Madri: Trotta, 2006. p. 37-58. PALOMBELLA, Gianluigi. *La autoridad de los derechos: los derechos entre instituciones y normas*. Trad. do italiano para o espanhol por José Calvo Gonzáles e Cristina Monereo Atienza. Madri: Trotta, 2006. p. 69 e ss.
- (8) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. do italiano para o espanhol por Perfecto Ibañez et al. Madri: Trotta, 1995, p. 104-106, 150 e 184.
- (9) Idem, ibidem, p. 223-224.
- (10) POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações*. Trad. Benedita Bettencourt. Coimbra: Almedina, 2006. p. 336 e ss. e POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. 20. ed. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007. p. 95 e ss.
- (11) ROXIN, Claus. *Derecho penal: tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. do alemão para o espanhol por Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madri: Civitas, 1997. p. 179-189.
- (12) ROCK, Paul; DOWNES, David. *Understanding deviance*. 6. ed. Nova Iorque: Oxford Press of New York, 2011. p. 221 e ss.
- (13) KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*. 22. ed. Tradução de Paulo Froes. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 2011. p. 401.

Flavio Antônio da Cruz

Doutor em Direito do Estado – UFPR.

Juiz Federal.



DIRETORIA DA GESTÃO 2015/2016

DIRETORIA EXECUTIVA

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

CONSELHO CONSULTIVO

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

OUIDOR

Yuri Felix

Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito

Luís Greco

Uma das “10 medidas de combate à corrupção” propostas pelo MPF é a tipificação do crime de enriquecimento ilícito.⁽¹⁾ O órgão propõe cominar pena de 3 a 8 anos de prisão para aquele que “*adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, possuir, utilizar ou usufruir, de maneira não eventual, bens, direitos ou valores cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público, ou por pessoa a ele equiparada, em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo, ou auferidos por outro meio lícito*”. A medida é justificada (p. 21), primeiramente, por considerações pragmáticas, a saber, pela dificuldade existente em punir tais condutas pelo crime de corrupção; em segundo lugar, passa-se a uma consideração de princípio, de que o comportamento incriminado seria também “em si mesmo desvalorado”. Examinarei essas duas justificações (*infra*, 1, 2), para, em seguida, apresentar um terceiro caminho, que me parece merecedor de discussão (*infra*, 3). Em seguida tecerei algumas considerações sobre a proposta concreta de redação do tipo penal (*infra*, 4) e passarei a objeções relevantes (*infra*, 5). A menção feita pelo MPF à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2004), da qual o Brasil é signatário, tem mais força retórica do que argumentativa, uma vez que a Convenção apenas declara que cada parte deve “considerar a adoção” da medida, e isso ainda “na forma da sua constituição e dos princípios gerais do seu sistema jurídico” (art. 20). Não discutirei, assim, a Convenção.

1. O primeiro argumento do MPF é o de que o enriquecimento ilícito seria “*prova indireta da corrupção*”. A única virtude desse argumento é a sinceridade. De resto, se tudo o que se puder dizer contra determinado comportamento é que ele seria prova indireta de outro, ter-se-á uma chamada pena de suspeita, o que contraria o *princípio da culpabilidade* e um de seus principais correlatos processuais, a *presunção de inocência*.⁽²⁾ O princípio da culpabilidade contém, como núcleo, o direito de ser condenado e punido apenas pelo que realmente se fez.⁽³⁾ A condenação e a punição pelo crime que se propõe introduzir contém, assim, uma mentira: não é por enriquecer, e sim por ter praticado atos de corrupção ou de peculato, é que estaremos condenando. Ocorre que esses atos não se conseguem comprovar, com o que fica manifesta a violação dos princípios mencionados.

O MPF replica a essa objeção, reportando-se a uma “teoria explanacionista da prova”. Ele alega que, “com base na experiência comum por todos compartilhada, se a acusação prova a existência de renda discrepante da fortuna acumulada e, além disso, nem uma investigação cuidadosa nem o investigado apontam a existência provável de fontes lícitas, pode-se concluir que se trata de renda ilícita”. Não é aqui o lugar apropriado para examinar a teoria ou se ela foi corretamente aplicada. O que aqui deve ser observado é que, se assim for, não se entende a necessidade do novo dispositivo, uma vez que já seria possível fundamentar a convicção judicial de que o funcionário público teria recebido (para si ou para outrem, direta ou indiretamente) vantagem indevida em razão da função (art. 317, *caput*, do CP). Seria possível, assim, condenar já pelo crime de corrupção passiva. Com uma réplica dessa ordem, abandona-se a única virtude do argumento pragmático, a saber, a sua sinceridade. Afinal, custa crer que o MPF esteja propondo uma medida, a rigor, supérflua.

Em síntese: o argumento pragmático da facilitação probatória esbarra em princípios fundamentais do Direito Penal e do Direito Processual Penal, a saber, no princípio da culpabilidade e da presunção de inocência. Ele é, no máximo, um argumento secundário, e não merece o lugar de destaque que a proposta do MPF lhe confere.

2. A insuficiência do argumento é percebida pelo próprio MPF, que se esforça por oferecer um segundo argumento, não mais pragmático, mas sim de princípio: o de que o enriquecimento seria também “*em si mesmo desvalorado*, pois revela um agir imoral e ilegal de servidor público, de quem se espera um comprometimento mais significativo com a lei do que se espera do cidadão comum. Há aqui um desvalor no tocante à discrepância patrimonial, não raro oculta ou disfarçada, de um agente público sujeito a regras de escrutínio, transparência e lisura”. É difícil entender, aqui, o conteúdo da argumentação do MPF.

Se se diz que o comportamento “*revela um agir imoral e ilegal de servidor público*”, o que se tem é, outra vez, a problemática ideia da prova indireta. O desvalorado não é o enriquecimento, e sim que o que ele revela. Falar em revelação de algo contradiz o que o MPF quer fundamentar, a saber, que o comportamento em questão seria “em si mesmo desvalorado”.

Tampouco se entende onde estaria o “desvalor no tocante à discrepância patrimonial”. Talvez ele se encontre em uma violação de “regras de escrutínio, transparência e lisura” a que estaria sujeito o agente público. Se isso for correto, cai-se no problema de que, à primeira vista, o que se tem é apenas um *ilícito disciplinar*. Seria necessário um argumento adicional, apto a explicitar por que a violação de um dever de que são destinatários, à primeira vista, o superior hierárquico ou a Administração Pública, pode ser erigido em ilícito penal. Esse argumento o MPF não se esforça por fornecer.

Como segunda conclusão intermediária: o MPF não logra fundamentar o desvalor autônomo do enriquecimento ilícito enquanto ilícito penal. Os argumentos por ele fornecidos ou retornam à ideia anterior, da prova indireta, ou conseguem no máximo fundamentar um ilícito de natureza disciplinar.

3. Vemos, assim, que falta à proposta de **criminalização do enriquecimento ilícito** o devido respaldo argumentativo. Isso não significa, contudo, que não seja possível fornecer essa fundamentação, que deve ser derivada de uma teoria mais geral sobre os limites do poder do Estado de proibir condutas e cominar penas. Parece-me que a melhor teoria a esse respeito é a chamada *teoria do bem jurídico*.⁽⁴⁾ Um defeito fundamental da proposta do MPF, que está, a rigor, por trás da falta de clareza e insuficiência do segundo argumento acima apontadas, foi sequer ter saído à busca do bem jurídico que o novo tipo penal deve proteger.

Não tenho, na presente sede, como apresentar uma argumentação acabada a respeito de se e por que o enriquecimento ilícito afeta um bem jurídico e é passível de criminalização. Contento-me em expor algumas *ideias provisórias*, como contribuição a um necessário debate, que deveria preceder a todo esforço ativista-populista de angariamento de assinaturas.

Não interessam, aqui, os detalhes da complexa discussão sobre o bem jurídico dos delitos de corrupção;⁽⁵⁾ nem se pode, sem mais, assumir que o tipo de enriquecimento ilícito seja orientado à proteção do mesmo bem jurídico que os tradicionais delitos de corrupção. Suporei, contudo, que tal seja o caso; assim, o tipo teria como objeto de proteção um *bem coletivo ou supraindividual*.⁽⁶⁾ De que bem exatamente se trata, deixo aqui em aberto. O que me parece a nota essencial do injusto dos delitos de corrupção, contudo, é que nele se trata de proteger uma instituição que é componente central da própria ideia de Estado de Direito: o funcionamento da Administração Pública. A Administração Pública exerce poder; o que, de uma perspectiva liberal, que enxerga em todo exercício de poder algo problemático, torna essa instituição carecedora de uma justificação. Essa justificação está em sua natureza de *serviço público, prestado no interesse público*. O corrupto corrompe essa ideia, trai aquilo que justifica a existência da própria instituição de que se vale. Ele não se orienta segundo o interesse público, e sim segundo caprichos particulares; ele não serve, mas usufrui.

Parece, assim, de fato existir um *desvalor autônomo* na conduta de um funcionário que enriquece em razão de sua função. Esse funcionário coloca em dúvida o sentido de sua própria qualidade de funcionário e da instituição da Administração Pública. O funcionário que enriquece afeta, pelo menos à primeira vista, o bem jurídico supraindividual de que também se trata nos demais delitos de corrupção. Sua atuação o coloca em confronto não apenas com o seu superior hierárquico, e sim com o que justificadamente espera a sociedade daqueles a quem ela confere poder, de modo que não se trata somente de ilícito disciplinar, e sim de ilícito de natureza penal. Não se trata, tampouco, de superar dificuldades probatórias;⁽⁷⁾ a facilitação da prova é um benefício colateral, algo bem-vindo, mas que não tem força justificante adicional.

Em síntese: talvez seja possível justificar um tipo penal de enriquecimento ilícito. O funcionalismo público existe para servir ao público, e não para

enriquecer os que supostamente servem. O bem coletivo que é a própria instituição do serviço público parece ser posto em questão por funcionários que usufruem em vez de servir. Se essa justificação convence, ou não, é algo que teria de ser examinado mais detidamente em uma futura oportunidade.

4. Postas essas considerações declaradamente provisórias, voltemo-nos ao problema da **formulação concreta do tipo**. O MPF, à falta de qualquer teoria sobre o desvalor do comportamento que quer ver criminalizado, tateia como o cego e enumera setes condutas distintas (adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, possuir, utilizar ou usufruir). A criminalização segue o modelo do que alguns vêm chamando de “técnica espingarda de cano serrado”.⁽⁸⁾ É evidente que esse modelo de tipificação abrange comportamentos que não possuem o conteúdo de desvalor que a justifica, o que o torna problemático segundo a perspectiva do princípio da culpabilidade, e que ele pouco se adéqua ao mandato de determinação dos tipos penais (art. 5.º, XXXIX, da CF).

Parece-me que, da fundamentação esboçada anteriormente, seria de derivar-se um *tipo penal de natureza omissiva*. A construção seria a seguinte: a obtenção de valores de certa monta pelo funcionário contradiz, ao menos *prima facie* ou em aparência, a ideia de serviço público no interesse público; daí derivaria o dever de prestar contas desses valores, de modo a afastar qualquer suspeita dessa aparente contradição. O descumprimento desse dever de prestação de contas, dever esse que teria de ser previsto de forma precisa, provavelmente em outro diploma, seria o comportamento típico em questão.

5. Como dito e repetido, a construção aqui formulada é uma hipótese de trabalho, que deverá passar por um **escrutínio crítico** mais detido.

a) A primeira e mais severa objeção a respeito da qual se teria de pensar tem natureza principiológica: impor ao funcionário um dever de prestação de contas nos termos propostos não significaria uma violação do *princípio do nemo tenetur se ipsum accusare*?⁽⁹⁾ Uma resposta definitiva a esse questionamento demandaria que se esclarecesse a *ratio* e o alcance do mencionado princípio. Ainda assim, também sob a reserva de que minha manifestação tem caráter provisório, não me parece que o princípio processual do *nemo tenetur* tenha o condão de sobrepor-se a deveres oriundos do direito material. Será permitido àquele que sequestrou uma criança e que, portanto, tem o dever legal de agir para impedir que os riscos oriundos desse comportamento prévio se realizem (art. 13, § 2.º, c, do CP), arrimar-se no *nemo tenetur* para recusar qualquer informação sobre o local em que a criança se encontra?⁽¹⁰⁾ De qualquer forma, impressiona que o MPF proponha a adoção dessa medida, sem sentir qualquer necessidade de se manifestar sobre a sua difícil relação com o *nemo tenetur*.

b) A segunda objeção fundamenta-se na *ideia de ultima ratio*. Se o problema está no descumprimento de deveres de informação do funcionário, talvez bastasse uma previsão desses deveres e das respectivas sanções na esfera administrativa.

c) Uma terceira objeção diz respeito à *eficácia da medida* para atingir o proposto fim de enfrentamento da corrupção. O nosso crime de corrupção passiva (art. 317, *caput*, do CP), que fala apenas no recebimento de “vantagem indevida” “em razão da função” tem um alcance enorme, muito mais extenso, por exemplo, que o tipo correspondente alemão (§ 331 StGB), que exige de forma expressa uma conexão entre a vantagem e o exercício da atividade funcional (o chamado “pacto de injusto”⁽¹¹⁾): enquanto a norma alemã liga a vantagem à atividade, a norma brasileira a liga apenas à detenção do cargo. É

notável que, apesar de vários países vizinhos já conhecerem um tipo penal no modelo do proposto, não tenha o MPF se preocupado em verificar se nesses países o tipo penal tem “funcionado”. A literatura aponta para uma quase inexistência de condenações,⁽¹²⁾ o que gera fundadas dúvidas a respeito da utilidade da medida.

6. Em **conclusão**: a proposta do MPF de criminalizar o enriquecimento ilícito é infundada e apressada. Ela se baseia em considerações policiaiscas de facilitação da prova, incompatíveis com a ideia de culpabilidade e a presunção de inocência (*supra*, 2), e que, ainda por cima, parecem ser de duvidosa eficácia (*supra*, 5, c). É verdade que *talvez* – sublinhe-se o *talvez* – seja possível fundamentar, a partir do princípio da proteção de bens jurídicos, um desvalor autônomo da conduta em questão, que justificaria em tese a criminalização (*supra*, 3). Ocorre que qualquer esforço de criminalização tem de ser submetido a um escrutínio cuidadoso, que avalie, além da correção do argumento desenvolvido em caráter declaradamente provisório, a compatibilidade do tipo penal com o *nemo tenetur*, a ideia de *ultima ratio* e, por fim, a sua concreta necessidade diante da existência de um direito penal material já bastante abrangente (*supra*, 5). Coletar assinaturas não tornam desnecessários argumentos.

Notas

- (1) Disponível em: <http://www.combateacorrupcao.mpf.br/10-medidas/docs/medidas-anticorrupcao_versao-2015-06-25.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2015).
- (2) Próximo KLIEGEL, *Der Straftatbestand der unerlaubten Bereicherung*, Baden Baden: Nomos, 2013, p. 265 e ss., 279 e ss., 286.
- (3) GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, Duncker & Humblot, 2015, p. 902 e s.
- (4) A respeito, da inabarcável literatura, cf. apenas ROXIN, O conceito político-criminal de bem jurídico crítico ao legislador em queque, *Novos estudos de direito penal*, Madrid/São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 70 e ss.; SCHÜNEMANN, O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos, *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, Madrid/São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 39 e ss.
- (5) Cf. com referências KUHLEN, in: NK-StGB, 4. ed., Baden Baden: Nomos, 2013, § 331 nm. 9 e ss.
- (6) Cf. GRECO, Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?, *Revista de Concorrência e Regulação*, ano II, n. 7/8 (2012), p. 349 e ss. (p. 355 e s.).
- (7) Isso desconhece, contudo, KLIEGEL, op. cit., p. 298.
- (8) Cf. SCHEFFLER, *Strafgesetzbuch in Deutschland und Europa*, ZStW 117 (2005), p. 766 e ss. (783 e ss., 794 e ss.).
- (9) KLIEGEL, op. cit., p. 334 e ss., 350, 352 e s.
- (10) Cf. já GRECO/CARACAS, Internal investigations und Selbstbelastungsfreiheit, *NStZ* 2015, p. 7 e ss. (p. 9).
- (11) Por todos SCHÜNEMANN, Die Unrechtsvereinbarung als Kern der Korruptionsdelikte, in: *Festschrift Otto, Freiburg etc.: Heymanns*, 2008, p. 777 e ss.
- (12) KLIEGEL..., p. 385.

Luís Greco

Professor Titular de Direito Penal,
Direito Processual Penal e Direito Penal Econômico da
Universidade de Augsburg, Alemanha.

6. CORRUPÇÃO COMO CRIME HEDIONDO

Fábrica produtora de etiquetas

Alberto Silva Franco

Há quase dez anos, um artigo publicado no *Boletim do IBCCRIM* (abril/2006), chamava a atenção do leitor para o fato de que o legislador constituinte de 1988 se substituiu ao legislador ordinário na medida em que dele excluiu os critérios de reconhecimento de dignidade penal, de necessidade de tutela penal e de lesividade em relação a determinados bens jurídicos, transformando-os em bens jurídicos constitucionais, exigíveis,

contudo, de criminalização na legislação infraconstitucional.

As normas constitucionais criminalizadoras estão inseridas no art. 5.º da Constituição Federal e, entre elas, ganhou destaque o inciso XLIII desse artigo que criou o denominado *crime hediondo*. “Crime com tal denominação jurídica não tem antecedente no Direito Penal brasileiro, nem origem em Direito Penal alienígena”, nem substrato no discurso criminológico.

“Cuida-se, portanto, de nomenclatura penal sem passado”, desprovido de balizas demarcadas pelo legislador constituinte e, portanto, “*carente de explicitação, nos seus elementos de composição, por parte do legislador infraconstitucional*”.⁽¹⁾

Por que um crime é hediondo?

“*Essa é a indagação fulcral que demanda resposta. Não basta recorrer aos dicionários da língua portuguesa para desvendar a área de significado do conceito de hediondez. Definir a partir daí o que seja crime hediondo seria transformar a tarefa do legislador em um mero exercício de tautologia*”.⁽²⁾

A missão do legislador ordinário é, sem nenhuma margem de dúvida, indicar o conteúdo e os limites dentro dos quais se acomoda o conceito de crime hediondo. E tal postura, como já dizia **Guimarães Rosa**, *principia mesmo por uma palavra pensada. Palavra pegante dada ou guardada, que vai rompendo rumo*. Ora, o legislador penal não abriu rumo algum na direção da noção de crime hediondo porque não chegou a ter sobre ele uma *só palavra pensada*. E não lhe faltavam dados para a construção do conceito (gravidade objetiva do fato, meios e modos de execução, finalidade iluminadora da ação, o *animus lucri facienda*, o dano provocado etc.), nem para fixar a espécie e a quantidade das penas comináveis. Em lugar de preencher os elementos de formatação da nova categoria penal, o legislador infraconstitucional preferiu se utilizar de um mecanismo seletivo de todo inapropriado: a etiqueta pregada em tipos já existentes ou reformulados ou, posteriormente, criados no ordenamento penal.

Com extrema propriedade, **Nilo Batista** ressalta que o legislador constituinte pediu que o significado de crime hediondo fosse devidamente elucidado, mas “*o legislador, ao invés de empreender a tarefa definidora, apresentou um cardápio; a Constituição pediu-lhe uma definição, ou seja, uma declaração da essência-significado dos crimes hediondos e ele respondeu com uma seleção arbitrária, é dizer, uma rotulação sem método ou critério (...) O encargo de definir os crimes hediondos que a Constituição impôs ao legislador ordinário é algo muito diferente da voluntariosa escolha de alguns tipos penais, arbitrariamente selecionados ao sabor das idiossincrasias conjunturais. Aquele encargo não foi cumprido*”.⁽³⁾

E a não explicitação conceitual de crime hediondo deu azo, a partir de sua lei criadora (Lei 8.072/1990), à formulação de várias outras leis penais nas quais foi apensada, como simples marca, a categoria de crime hediondo (Leis 8.930/1994, Lei 9.677/1998, 9.695/1998, 12.978/2009, 13.104/2015, 13.142/2015). Essa barafunda de leis penais serviu para aumentar significativamente o número de delitos já indicados na Lei 8.072/1990. O homicídio simples, o homicídio qualificado, com o acréscimo recente da qualificadora do feminicídio, a lesão corporal dolosa gravíssima e a lesão corporal seguida de morte, nos termos da Lei 13.142/2015, o estupro de vulnerável, a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, o favorecimento à prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança, de adolescente ou de vulnerável, o genocídio foram alguns dos delitos acrescidos à lista originária. Outros delitos, também incluídos na Lei 8.072/1990, foram modificados em seus termos compositivos, como, por exemplo, o delito de estupro ou tiveram penas aumentadas, como no sequestro qualificado pela morte, ou foram suprimidos como o atentado violento ao pudor, incorporado na nova noção de estupro ou o art. 270 do Código Penal que deixou o rol dos crimes hediondos, mas manteve o preceito sancionatório então cominado. Como se verifica, a falta de uma noção adequada de crime hediondo permitiu um desequilíbrio na ordem axiológica dos bens jurídicos a serem tutelados e uma banalização total do processo legislativo penal.

No momento presente, no qual a atmosfera pública nacional, em virtude de flagrantes conflitos político-sociais e de desgastante situação econômica, está exacerbada, seria, por certo, recomendável, a não inclusão de novos delitos no quadro dos crimes hediondos, não apenas porque ainda não foi definido seu contexto jurídico, como também, porque, nesta altura, caberia um reexame de todo o conjunto legislativo sobre a matéria, sobretudo em face da visível desproporcionalidade punitiva já detectada.

No entanto, ganha vulto, em razão da chamada Operação Lava-Jato, projetos de lei propostos por Procuradores da República no sentido de pôr fim ao estado de corrupção reinante no país. Busca-se assim, por meio de anteprojeto de lei de iniciativa popular (art. 61, § 2.º, da CF), alimentado pela mídia, incluir na lista de crimes hediondos o peculato (art. 312 e § 1.º do CP), inserção de dados falsos em sistema de informações (art. 313-A do CP), concussão (art. 316 do CP), excesso de exação qualificada pela apropriação

(art. 316, § 2.º, do CP), corrupção passiva (art. 317 do CP), corrupção ativa (art. 333 do CP) quando a vantagem ou o prejuízo é igual ou superior a cem salários-mínimos vigentes ao tempo do fato e a estrutura de novo modelo penal aderida ao art. 327-A do CP. Mais cinco outros tipos, com letra ou parágrafos, ingressam no elenco dos crimes hediondos, transformando-os em uma verdadeira torre de babel.

Cabe, aqui, antes mesmo de adentrar na questão da inclusão dessas figuras típicas na categoria de crimes hediondos, que se examine, de pronto, o posicionamento adotado pelos formuladores do anteprojeto de lei no que tange aos preceitos sancionatórios relativos aos crimes mencionados no parágrafo anterior. Todos eles tiveram sua pena mínima dobrada (de 2 para 4 anos) e isso, inquestionavelmente, significa atribuir ao fato criminoso uma maior gravidade. Por outro lado, a pena máxima, exceção feita a do art. 316 do Código Penal, conservou a já existente, ou seja, a de doze anos. Ainda que se entenda que o ambiente de intranquilidade reinante no país não seja adequado a uma reformulação punitiva, não parece que se deva condenar a agravação proposta. Todos os delitos, cuja punição mínima foi dobrada, assumiram, no presente século, uma relevância maior, justificadora desse agravamento punitivo. Os bens jurídicos tutelados necessitam, sem dúvida, de proteção mais forte, em face da constância e alto nível de ofensas que passaram a sofrer na última década e na presente.

No entanto, não se pode concordar, de forma alguma, com a sugestão contida no novo 327-A pelo qual as penas dos arts. 312 e § 1.º, 313-A, 316 e § 2.º, 317 e 333 se tornam molduras móveis, isto é, os polos punitivos variáveis de 7 a 15 anos, de 10 a 18 anos e de 12 a 25 anos, se a vantagem ou o prejuízo for igual ou superior, respectivamente, a 100, a 1.000 ou a 10.000 salários mínimos vigentes ao tempo do fato. E tal tabela é aplicável, sem prejuízo das causas de aumento ou de diminuição previstas na Parte Geral ou Especial do Código Penal.

Tal proposta é, no mínimo, desarrazada.

Primeiro, porque se trata de uma invasão indevida do ordenamento punitivo norte-americano no sistema brasileiro. “*Ao legislador compete, desde logo, estatuir as molduras penais cabidas a cada tipo de factos que descreve na PE do CP e em legislação extravagante, valorando para o efeito a gravidade máxima e mínima que o ilícito de cada um daqueles factos pode presumivelmente assumir. (...) Ao juiz cabe “determinar, por um lado, a moldura abstracta cabida aos factos dados como provados no processo. Em seguida, encontrar dentro dessa moldura penal, o quantum concreto da pena em que o arguido deve ser condenado. Ao lado destas operações – ou em seguida a elas – escolher a espécie ou o tipo de pena a aplicar concretamente, sempre que o legislador tenha posto mais do que uma à disposição do juiz*”.⁽⁴⁾ Essa forma de vinculação entre legislador e juiz tem, sem dúvida, uma entonação jurídico-constitucional, na medida em que a individualização da pena está incluída no inciso XLVI do art. 5.º da Constituição Federal e tal individualização parte de um modelo penal fixo.

Segundo, porque não cabe, no sistema brasileiro, molduras penais flexíveis, em função da ocorrência de vantagem ou de prejuízo. Tais elementos constam do art. 59 do Código Penal na expressão genérica de *consequências do crime* e, no processo judicial individualizador, devem ser ali valorados. O espaço temporal entre quatro e doze anos é suficiente para que o julgador estabeleça, em função do critério indicado, a pena cabível. Não tem sentido, na lógica penal e processual penal em vigor, ter um preceito sancionatório mínimo, variável entre quatro e doze anos, e um preceito sancionatório máximo, entre doze e vinte e cinco anos. Por outro lado, a existência de modelos heterogêneos de punição (molduras móveis) convivendo, lado a lado com molduras fixas, pode provocar uma situação de desintegração ou de dissolução de todo o sistema sancionador, dando causa a punições desarrazadas.

Terceiro, porque a presença de modelos flexíveis, ao contrário do que é imaginado, pode dar ensejo a uma atividade corruptora de maior extensão ou gravidade porque a retirada de um só real da quantidade determinada de salários mínimos é suficiente para reduzir de três anos a pena mínima do delito imputado.

Além do exposto, a inclusão dos tipos penais já enumerados na categoria de crimes hediondos dará chance a um verdadeiro gravame ao princípio constitucional da proporcionalidade. Num modelo de Estado (Social e) Democrático de Direito, sustentado por um princípio antropocêntrico, não teria sentido, nem cabimento, a cominação ou aplicação de pena flagrantemente desproporcionada à gravidade do fato. Pena desse teor representa ofensa à condição humana, atingindo-a, de modo contundente, na sua dignidade de

pessoa. O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação entre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, uma inaceitável desproporção.

A Lei 8.072/1990 e seus adereços legislativos penais provocaram verdadeira ruptura do sistema de penas no Brasil, criando uma evidente situação de desproporcionalidade entre os delitos contra a vida e a integridade física, de um lado, e os delitos patrimoniais (*acrescidos agora, com a proposta de inclusão de alguns delitos contra a administração pública em geral*), de outro, aqueles punidos com muita brandura e estes com fantástica severidade, em uma inversão vesga de valores. Como admitir, sem vislumbrar-se notória desproporção, entre a pena cominada para o tipo de lesão corporal grave do art. 129, § 1.º, do Código Penal (reclusão de 1 a 5 anos) e a pena do art. 273, § 1.º-A, do Código Penal, rotulado como hediondo, que prevê pena de reclusão de 10 a 15 anos e multa a quem falsificar cosméticos? Como achar razoável que se aplique a pena de 6 a 20 anos de reclusão para a hipótese de homicídio simples e se comine (*conforme a proposta agora apresentada*) a pena de 10 a 18 anos a quem praticou o peculato se houve vantagem ou prejuízo igual ou superior a mil salários mínimos na época dos fatos? Como entender que o homicídio qualificado seja punido com a pena de 12 a 30 anos e a extorsão mediante sequestro, de que resulte a morte tenha a pena mínima de 24 anos? O rol de situações de desproporcionalidade punitiva é imenso e não cabe aqui explicitar todas as hipóteses. É evidente que o anteprojeto de lei no qual diversos delitos contra a Administração Pública são classificados como hediondos conduzirá a tantas outras e insuportáveis distorções punitivas.

É mister que a fábrica produtora de etiquetas de crimes hediondos cesse sua linha de montagem e de produção. Caso isso não ocorra, é bem provável que, a curto espaço de tempo, mercê da irresponsabilidade ou do desconhecimento técnico do legislador penal, atinja-se o ponto máximo de agravo ao princípio constitucional da proporcionalidade, pondo em crise todo o sistema sancionador. E mais do que isso sufoque os tipos do Código Penal, por meio de uma legislação penal extravagante que, a pouco e pouco, os transfere, inconsequentemente, para o reino da hediondez.

Notas

- (1) FRANCO, Alberto Silva. Crime hediondo: um conceito fantasma à procura de um legislador penal. *Boletim do IBCCRIM*, ano 13, n. 161, p. 12-13, abr., 2006.
- (2) Idem, ibidem, p. 12.
- (3) BATISTA, Nilo. Outro argumento sobre crimes hediondos. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: RT, 2003. p. 346-347.
- (4) FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal português*. 3. reimpressão. Coimbra: Coimbra Ed., 2011. p.192-193.

Alberto Silva Franco

Desembargador aposentado do

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

1.º Vice-presidente do IBCCRIM.

Advogado e parecerista.

7. RECURSO MANIFESTAMENTE PROTETÓRIO / 10. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

O trânsito em julgado da decisão condenatória

Geraldo Prado

1. Introdução

10

No âmbito de um conjunto de propostas denominado “10 medidas de combate à corrupção”, o Ministério Público Federal brasileiro sugere profundas alterações no regime jurídico dos recursos criminais com o objetivo de “aumentar a eficiência e a justiça [destes instrumentos]... sem prejudicar o exercício do direito de defesa”. No mesmo contexto postula, ainda, a aprovação de Emenda Constitucional que elimine o efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial, em matéria penal, assim como viabilize a execução provisória da decisão penal condenatória, quando os tribunais de apelação proferirem julgamento de mérito em matéria penal. O direito à duração razoável do processo é o argumento central da pretendida modificação do art. 580 do Código de Processo Penal⁽¹⁾ o mesmo argumento, associado à menção a sistemas jurídicos de outros países, apoia o programa de alteração dos arts. 96, 102 e 105 da Constituição da República.⁽²⁾⁻⁽³⁾

As considerações sobre a eficiência do sistema de justiça criminal remetem a estudos de política criminal e conhecimentos de criminologia e Direito Penal. A argumentação estribada nos ordenamentos jurídicos de outros Estados e nos sistemas de proteção de direitos humanos enfrenta o desafio da tradução entre experiências jurídicas de origem diversa. Em qualquer caso há premissas teóricas cujas bases são investigadas pela história específica de nosso modelo de justiça criminal. O *corpus* teórico que constitui o Direito Processual Penal não é caprichoso ou acidental. Os conceitos do processo penal têm fonte e história e não cabe que sejam manejados irrefletidamente.

Com efeito, a dogmática processual penal tem em comum com a do Direito Penal o fato de serem ambas “o sistema de conceitos construído para descrever o Direito Penal [e processual penal], como setor do ordenamento jurídico que institui a política criminal (...) do Estado, o programa oficial de retribuição e de prevenção da criminalidade”.⁽⁴⁾ Em particular cabe acrescentar que a dogmática processual penal orienta-se à descrição do conjunto de conceitos típicos do processo penal que, ademais das questões assinaladas por **Cirino**, no nível da concretização “do programa oficial de

retribuição e de prevenção da criminalidade”, preocupa-se ainda com o fato de que no Estado de Direito a lei processual penal deve ser a “lei de execução da Constituição”, conforme alerta **Hans Kudlich**.⁽⁵⁾

A elaboração de preceitos normativos subordina-se ao mencionado *corpus* teórico na medida em que, recorda **Cirino**, os conceitos produzidos no âmbito da citada dogmática têm características que hão de cumprir importantes funções, de modo articulado e harmônico, no momento da aplicação das normas. Depurando a natureza dos conceitos é acertado concluir que há conceitos que são *operacionais*, pois configuram definições que funcionam como “critério de racionalidade da jurisprudência criminal” cumprindo a relevante função de “contribuir para a *segurança jurídica do cidadão no Estado Democrático de Direito*”.⁽⁶⁾

Os conceitos que estruturam o regime jurídico dos recursos no processo penal brasileiro são dessa espécie, *operacionais*, mas é necessário saber que a chave explicativa que é aplicada neste setor não pode ser identificada/interpretada de forma singela ou precária. Com efeito, o termo *operacional* é transitivo, tal seja, remete a uma função maior que dirige o processo penal brasileiro e é ditada pela presunção de inocência.

Nas poucas linhas deste artigo não é possível alinhar a infinidade de problemas teóricos que ambas as propostas veiculam. Mas essa dificuldade tem uma virtude, pois revela: (a) que temas e problemas complexos não se resolvem de maneira simplória; (b) que há profunda diferença entre pragmatismo e a simples *versão* de determinada questão. Toda versão corresponde a uma visão parcial/tendenciosa da questão. Quase sempre são problemáticas as soluções adotadas com base em apenas uma perspectiva. A dogmática processual penal busca corrigir isso. Assim, condenar a teoria ao exílio termina por, valendo-me das palavras de importante sociólogo português, representar grave “desperdício da experiência”.

Na sequência, portanto, seguem algumas ideias que em minha opinião devem servir pelo menos para convocar ao amadurecimento do debate no lugar de atropelar o pouco que conquistamos em matéria de cidadania e respeito à dignidade da pessoa de 1988 aos dias atuais.

2. De modelos e traduções: porque o regime jurídico dos recursos em matéria penal no Brasil em tese remete o trânsito em julgado ao julgamento definitivo dos recursos especial e extraordinário

“[O] passado é um país estrangeiro.”⁽⁷⁾

Ao tratar dos dispositivos de tradução cultural, **Peter Burke** sublinha as inúmeras dificuldades com que se defrontam os sujeitos que se dedicam ao projeto de “traduzir” para a sua realidade experiências com as quais mantém contato apenas indiretamente. O desafio de uma empresa do gênero é enorme, quer se trate de “traduzir o passado” no interior de uma mesma cultura, quer tenha por objeto “traduzir” experiências contemporâneas oriundas de culturas diversas.

A preocupação com as dificuldades do processo tende a ser estranha aos juristas, como anota **Diogo Malan**.⁽⁸⁾ A rigor, automatiza-se a “tradução”, em particular no registro ideológico da globalização, em conta de uma aparentemente livre comunicação entre modelos, mas desprezam-se considerações essenciais do tipo: (a) com que intenções ou estratégias as traduções são realizadas?⁽⁹⁾ (b) que espécie de “economia política” rege os “fluxos” entre culturas doadoras e receptoras?⁽¹⁰⁾

As questões anteriores não são gratuitas. Acrescentam-se a elas problemas inerentes ao método comparativo,⁽¹¹⁾ à concepção e emprego de modelos⁽¹²⁾ e ao próprio conhecimento das forças políticas que atuaram em determinado momento para intervir no campo das tradições, como foi o caso da (inacabada) transição brasileira do autoritarismo à democracia.

Em minha opinião, a cegueira deliberada acerca de tantos fatores influentes no processo de tradução de modelos jurídicos e de compreensão do contexto em que se confrontam internamente – portanto entre nós – diferentes “tradições jurídicas”,⁽¹³⁾ tem sido responsável pelo retrocesso experimentado em matéria de garantias, que mobilizou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos a emitir o relatório sobre a epidemia das prisões provisórias no Brasil.

O fenômeno, que pode responder pelo nome de praxismo, argumenta com juízos limitadores do exercício do direito ao recurso pela defesa, a partir da declaração judicial de que se trata de ato abusivo ou protelatório, com declaração de trânsito em julgado ainda na pendência de impugnação e postula a alteração da Constituição para eliminar o efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial em matéria penal, liberando a imediata execução da pena. As mudanças em perspectiva visam antecipar o trânsito em julgado da decisão condenatória, contornando a dificuldade criada pela cláusula pétrea da presunção de inocência.

Pelo ângulo dos modelos, a questão submetida à invisibilidade – não discutida na motivação dos anteprojetos – refere-se à presunção de inocência, como sublinhado, cláusula pétrea e princípio reitor do processo penal brasileiro, em sua relação com o conceito jurídico de culpabilidade adotado no Brasil. **Enrique Bacigalupo** chama atenção para o fato de que o modelo norte-americano de processo penal, aparentemente paradigmático e inspirador das modificações pretendidas, é o do “controle social do delito” (*crime control model*), que atribui ao processo penal função determinante na luta contra o delito.⁽¹⁴⁾ O modelo do controle social do delito opera com um conceito operacional de culpabilidade fática que é oposto ao conceito jurídico de culpabilidade, que repousa na presunção de inocência. O *crime control model* apoia-se na tese da igualdade hierárquica entre direitos fundamentais intangíveis e no dever do Estado de garantir “justiça eficiente”, sublinha **Bacigalupo**, e termina por determinar o âmbito normativo dos direitos processuais do acusado “ponderando, também, os interesses da persecução do delito”.⁽¹⁵⁾

A proposta em si seria grave se atentássemos apenas à advertência de **Arzt**, referida por **Bacigalupo**, de que esta perspectiva cuida da reductionista “introdução dogmática do controle da criminalidade como finalidade absoluta” do processo penal que vira as costas à experiência histórica de que reduzir a finalidade do processo penal ao controle da criminalidade gera um “poder descontrolado (que) não é especialmente efetivo, mas destrutivo, com tendência à autodestruição porque é extremamente duvidoso que a arbitrariedade possa criar a ordem”.⁽¹⁶⁾ Trata-se de distorcido enfoque de política criminal.

Isso, todavia, não é tudo. Em realidade, o nosso modelo constitucional de devido processo penal, orientado pela cláusula pétrea da presunção de inocência e apoiado em um conceito jurídico de culpabilidade não admite a equiparação (igualdade) entre os direitos (e garantias) fundamentais do

acusado e os deveres-poderes do Estado de repressão ao delito (situação jurídica). O fato de para a acusação, por exemplo, o recurso extraordinário em matéria penal não ter efeito suspensivo, enquanto o contrário se verifica relativamente ao mesmo recurso interposto pela defesa, não se resolve por uma equação matemática de “igualdade”.

Em apertadíssima síntese convém frisar que, sob o enfoque das técnicas de garantia dos direitos fundamentais, a *igualdade* considera a posição da pessoa humana no sistema político e a sua primazia axiológica: a pessoa como *valor*, tomando-se em conta as suas variadas identidades e a pluralidade de pontos de vista expressados por elas, segundo **Luigi Ferrajoli**.⁽¹⁷⁾ Os direitos fundamentais são o *fundamento* do Estado de Direito e se colocam em oposição aos poderes absolutos e arbitrários, que têm por escopo, justamente, *desigualar*, tal seja, imprimir tratamento diferenciado ao caso concreto a partir de diferenças pessoais consideradas intoleráveis pelo prisma do poder.⁽¹⁸⁾ Diferença evidente na oposição dicotômica Estado (MP) vs. acusado.

Pelo ângulo da estrutura dos direitos e deveres, consoante podem ser deduzidos de uma ordem constitucional que irradia validade jurídica para o restante do ordenamento, uma “situação jurídica”, pública ou privada, caracteriza-se por corresponder a poderes (ou deveres) “*adquiridos conforme causas ou títulos específicos e exercitáveis mediante atos potestativos dotados, por sua vez, de efeitos na esfera jurídica própria ou alheia*”.⁽¹⁹⁾

Situações jurídicas fundam-se em títulos específicos porque se trata de imposição de sujeição a terceiros. A perspectiva do Ministério Público, que visa sujeitar acusados às penas em um processo em que ainda é cabível interpor recursos extraordinário e especial, é a de uma *situação jurídica*, distinta, portanto, do ângulo da defesa, que exercita o direito fundamental de resistir a pretensões de restrição de direitos fundamentais, impondo assim limites ao poder insito àquela situação jurídica.

Salientam os juristas alemães **Pieroth** e **Schlink** que os direitos fundamentais têm uma função jurídico-objetiva, porque *limitam* a margem de atuação e decisão do Estado, que fica inviabilizado na eventual pretensão de uso arbitrário das suas competências.⁽²⁰⁾ É por conta disso que **Ferrajoli** destaca, nos direitos fundamentais, sua correspondência a “*imunidades ou faculdades reconhecidas a todos, com independência de qualquer título, e exercidas unicamente mediante comportamentos meramente lícitos que não interfiram juridicamente na esfera de outros sujeitos*”.⁽²¹⁾ Nesse contexto, não são equiparáveis às posições de quem acusa e de quem se defende e isso distingue o modelo brasileiro do paradigma norte-americano, cuja visão liberal possibilita a renúncia do acusado ao próprio processo e a assunção pessoal das sanções penais acordadas (*plea bargaining*).

Resulta claro que as estratégias e intenções da tradução do modelo da culpabilidade fática para a jurídica buscam encontrar no paradigma alienígena a “confirmação”⁽²²⁾ da tese de que recursos da defesa obstam a punição, malgrado tenham o propósito de levar aos tribunais superiores pretensão cuja solução repercutirá no estado de inocência. Na “economia política” que rege os “fluxos” entre culturas doadoras e receptoras seguimos colonizados e dessa vez “o espelhinho” que será trocado por nossas riquezas (direitos fundamentais) consiste no agigantamento do já descontrolado sistema punitivo nacional.⁽²³⁾

Sob o prisma político-criminal a alteração proposta miscigena modelos antagônicos. Pela perspectiva da dogmática processual penal-constitucional atenta contra a distinção entre fundamento dos “direitos fundamentais” e das “situações jurídicas” (cabimento em tese de recurso do MP). Mas há também duas últimas considerações, igualmente sintetizadas ao extremo pelos limites do artigo, que são dogmaticamente repudiadas: (a) invoca-se argumento pragmático da irrelevância estatística dos recursos extraordinários em favor da defesa; (b) e, implicitamente, cogita-se de sua limitação em matéria de revisão, a ponto de se pretender o afastamento do paradigma do *Habeas Corpus* 84.078-7-MG, decidido pelo Pleno do STF em 05.02.2009, ponto culminante, neste aspecto, da conversão de nossa tradição autoritária em democrática em termos de processo penal (“o [nosso] passado é [definitivamente] um país estrangeiro”).

Com efeito, ao tratar do erro judiciário sob o ângulo da garantia constitucional e do sistema processual, na Itália, **Paolo Troisi** salienta que “a visão totalitária da relação Estado-cidadão, subjacente ao Código de 1930, conduziu à ‘exasperação’ do princípio da intangibilidade que, de valor jurídico e político da época liberal, surgido para garantir a liberdade individual, se transformou em instrumento para a afirmação da imperatividade da lei e da onipotência do Estado”.⁽²⁴⁾ A afirmação fala por si.

Curioso ainda é que se pretenda suprimir o efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário defensivos e antecipar a execução das penas porque, supostamente, não sendo “eficientes”, na forma como estão hoje protelariam o trânsito em julgado da condenação, sobrecarregando os tribunais superiores... enquanto desde a Emenda Constitucional 45/2004 afunilou-se sensivelmente a entrada desses recursos, por exemplo, com a repercussão geral.

Não há espaço para mencionar decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, tampouco debater o conceito (noção) de recurso “protelatório” em matéria penal. Sobre este “conceito” caberia um ensaio jurídico específico.

As propostas são, pois, questionáveis e de fato não me sinto confortável para sugerir algo a ser colocado no lugar da presunção de inocência. Creio que se fizesse isso teria de prestar contas às gerações futuras.

Notas

- (1) “**Art. 1º** Acresça-se o art. 580-A ao Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, nos seguintes termos:
Art. 580-A. Verificando o tribunal, de ofício ou a requerimento da parte, que o recurso é manifestamente protelatório ou abusivo o direito de recorrer, determinará que seja certificado o trânsito em julgado da decisão recorrida e o imediato retorno dos autos à origem. Parágrafo único. Não terá efeito suspensivo o recurso apresentado contra o julgamento previsto no caput.”
- (2) “**Art. 1º** A Constituição Federal passa a vigorar com os seguintes acréscimos:
‘Art. 96. [...] Parágrafo único. Ao proferirem julgamento de mérito em matéria penal, os tribunais de apelação autorizarão, a pedido do Ministério Público, a execução provisória da decisão penal condenatória, para todos os fins, ainda que na pendência de recurso extraordinário ou recurso especial.’
‘Art. 102. [...] § 4º O recurso extraordinário não terá efeito suspensivo.’
‘Art. 105-A. O recurso especial não terá efeito suspensivo.’
Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.”
- (3) Disponível em: <<http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas>>. Acesso em: 13 nov. 2015.
- (4) CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal, parte geral*. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 71-2.
- (5) KUDLICH, Hans. *El principio de legalidad en el derecho procesal penal (en especial, en el derecho procesal penal alemán)*. In: La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: decadencia o evolución? Juan Pablo Montiel (org.). Marcial Pons: Barcelona, 2012. p. 436. Em verdade, Kudlich remete à proposição de Henkel, citada por Manuel da Costa Andrade: “o direito processual penal como verdadeiro direito constitucional aplicado”. COSTA ANDRADE, Manuel. *Sobre as proibições de prova no processo penal*. Coimbra, 2006. p. 12.
- (6) CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal, parte geral* cit., p. 72 (grifo do próprio autor).
- (7) BURKE, Peter; HSIA, R. Po-Chia. *A tradução cultural nos primórdios da Europa Moderna*. São Paulo: UNESP, 2009. p. 43.

- (8) MALAN, Diogo. Prisão preventiva depois da decisão de segundo grau é retrocesso civilizatório. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-01/diogo-malan-prisao-antes-transito-julgado-retrocesso>>. Acesso em: 12 nov. 2015.
- (9) BURKE, Peter; HSIA, R. Po-Chia. *A tradução cultural nos primórdios da Europa Moderna* cit., p. 23.
- (10) *Idem, ibidem*, p. 36. O autor trata dos “fluxos desiguais” entre culturas de Estados colonizadores e colonizados.
- (11) Ver a propósito: LIÑÁN, Anibal Pérez. El método comparativo: fundamentos y desarrollos recientes. Disponível em: <<http://www.pitt.edu/~asp27/USAL/2007.Fundamentos.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2015.
- (12) BADIOU, Alain. *El concepto de modelo: introducción a una epistemología materialista de las matemáticas*. Buenos Aires: La Bestia Equilátera, 2009. Badiou assevera que “o termo ‘modelo’ figura em contextos indiscutivelmente científicos, nos quais não pretende designar a competência da prática teórica, mas um elemento assinalável em coerência demonstrativa: não é noção, nem categoria, mas ‘conceito’.” (p. 59). Em seu clássico *Modelos e movimentos de política criminal*, Mireille Delmas-Marty adverte acerca do caráter operacional dos “modelos” no que concerne aos Estados e sua relação com a política criminal. DELMAS-MARTY, Mireille. Traduzido por Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992.
- (13) Alberto Binder ressalta a dimensão política da justiça penal e sua respectiva funcionalidade, assim como o fato de se tratar de um espaço permanentemente disputado por culturas jurídicas diversas e suas correspondentes tradições, que disputam o sentido das normas processuais penais. BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013. t. I, p. 141, 219-220, 360-361 e 371.
- (14) BACIGALUPO, Enrique. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 27.
- (15) *Idem, ibidem*, p. 28.
- (16) *Idem*.
- (17) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 906.
- (18) *Idem, ibidem*.
- (19) *Idem*, p. 908.
- (20) PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais: direito estadual II*. Lisboa: Lusitana, 2008. p. 23-4.
- (21) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón* cit., p. 909.
- (22) BURKE, Peter; HSIA, R. Po-Chia. *A tradução cultural nos primórdios da Europa Moderna* cit., p. 16.
- (23) *Idem, ibidem*, p. 36.
- (24) TROISI, Paolo. *L'errore giudiziario tra garanzie costituzionali e sistema processuale*. Milano: CEDAM, 2011. p. 95. Tradução livre.

Geraldo Prado

Professor de Direito Processual Penal da
Universidade Federal do Rio de Janeiro.
Consultor Jurídico.

9. REVISÃO DOS RECURSOS NO CPP

Mudanças no Sistema Recursal: só esqueceram de combinar com a Constituição...

Aury Lopes Junior

Mais uma medida oportunista e de efeito sedante da opinião pública, é assim que podemos definir o “pacotão-punitivista-do-MPF”. É óbvio que não se está a fazer qualquer apologia à corrupção, um crime grave e uma conduta extremamente danosa para a sociedade. Punir é necessário e civilizatório, mas medidas assim, casuísticas e claramente populistas, em nada contribuem para uma discussão séria sobre o problema. Mais do que oportunismo, existe um engodo nesse movimento: aproveitando a onda de revolta com a corrupção, produzida pela operação Lava Jato, vem a proposta punitivista com esse apelo e pano de fundo. O problema é que as propostas afetarão a todos os crimes e a todos os processos penais, não só os de corrupção. Isso não está sendo dito e tampouco medido o impacto penal, processual penal e penitenciário que elas terão. São medidas vendidas para “dar conta de punir os grandes

casos de corrupção”, os maxiprocessos e os poderosos, mas quem realmente pagará essa fatura serão os milhares de acusados descamisados, em milhares de processos criminais da criminalidade clássica, por crimes completamente diferentes e onde elas serão absurdamente excessivas e desnecessárias.

Ademais, muitas dessas medidas são claramente inconstitucionais, fomentando a certeza de que se está “jogando para a torcida” e não para o aperfeiçoamento do sistema de administração da justiça. Não sem razão, em recente entrevista, o Ministro **Gilmar Mendes** sintetizou da seguinte forma: “Precisamos nos perguntar o que eles esqueceram na hora de formular essa proposta. E a resposta é clara: a Constituição”.⁽¹⁾ Enfim, estão querendo “lavar a jato o processo penal”, e com isso não se pode pactuar. Punir é necessário, mas sem atropelar as regras do jogo, pois é possível (e exigível)

garantir para punir e punir garantindo. Inobstante o defeito genético de muitas medidas, faremos uma breve análise das propostas de alteração do sistema recursal.

Há certo consenso entre os juristas de que o sistema recursal do CPP precisa ser revisado, até para acabar com recursos inúteis (como, v.g., a carta testemunhável) e sistematizar melhor os já existentes. Algumas mudanças inclusive decorrem da entrada em vigor do NCPC e que irão afetar direta ou indiretamente o processo penal. Mas não é disso que trata o pacote do MPF. O que se quer é o “aparelhamento” da parte⁽²⁾ acusadora em detrimento da defesa, em claro desequilíbrio de tratamento processual em um vale-tudo-punitivista. Desvelada a ideologia da proposta, vejamos algumas questões mais sensíveis.

O “Anteprojeto de Lei” 7 pretende inserir o art. 580-A, para que se o tribunal, de ofício (conveniência inquisitória) ou a requerimento de parte, verificando que o recurso é “manifestamente protelatório ou abusivo o direito de recorrer”, certifique o trânsito em julgado da decisão recorrida. Vários problemas emergem de uma rápida leitura. Primeiro, qual é o limite entre *uso* e *abuso* do direito de recorrer? Qual a distinção entre recurso protelatório e a ampla (defesa) utilização dos recursos legalmente previstos? É evidente que isso desloca para o julgador o poder de vida e de morte do direito de defesa a partir dos seus referenciais, do seu “livre convencimento”, com todos os riscos e perigos que encerram o decisionismo e o “decido conforme a minha consciência”, à exaustão denunciados por **Lenio Luiz Streck**.⁽³⁾ Significa ampliar os espaços impróprios da discricionariedade judicial e elevar o nível de subjetividade do julgamento ao patamar de alinhamento com a “filosofia da consciência”. É óbvio que não podemos depender disso quando se trata do direito de defesa e do acesso ao duplo grau de jurisdição. Se o recurso preenche os requisitos objetivos (tempestividade, cabimento e adequação) e subjetivos (legitimidade e gravame),⁽⁴⁾ deve obrigatoriamente ser conhecido. Se o tribunal dará ou não provimento, é outra questão, mas deve ser conhecido. Jamais haverá abuso do direito de recorrer quando a parte, objetivamente, preenche os requisitos recursais. Isso é um mínimo de legalidade processual ou, melhor ainda, de tipicidade processual. O projeto pretende criar, a partir de expressões como “abusivo” e “manifestamente protelatório” – que sofrem de anemia semântica (**Alexandre Moraes da Rosa**) – um espaço impróprio para o “decisionismo”, por onde poderá fazer a “sua (in)justiça” um julgador comprometido com a “limpeza social” ou com o “justicialismo”. Cláusulas assim, e o CPP está cheio delas, a começar pela prisão para garantia da ordem pública, passando pela teoria do “prejuízo” nas nulidades, já mostraram a que e a quem servem. Pior ainda é a sanção: imediato trânsito em julgado, com vedação de efeito suspensivo para eventual recurso que ataque essa decisão!

O Anteprojeto de Lei 8 trata do “pedido de vistas nos tribunais”. Inicialmente cumpre fazer uma ressalva por respeito à gramática: o correto é “pedido de vista”. Constitui um erro grosseiro pedir “vistas” como contido no texto apresentado, pois a expressão deve sempre ser empregada no singular (vista).⁽⁵⁾ Superado o tropeço inicial, segundo o texto, o julgador que pedir “vistas” (*rectius* “vista”) terá o prazo correspondente a cinco sessões para estudar o caso e, após, reapresentar o processo para continuidade do julgamento. A questão é: qual a sanção em caso de descumprimento? Nenhuma. Ou seja, uma vez mais incorrem na equação por nós já denunciada inúmeras vezes: prazo-sanção=ineficácia. Portanto, um anteprojeto de lei que, a título de combate à (de)mora jurisdicional, será midiaticamente aplaudido, mas juridicamente é natimorto.

O Anteprojeto de Lei 9 trata da revisão dos recursos. Na primeira linha da “Justificativa” está a demarcação ideológica: “o principal gargalo para a eficiência da justiça criminal e o enfrentamento à corrupção é o anacrônico sistema recursal brasileiro”. Elementar que não concordamos com o reductionismo da afirmação e com o deslocamento feito. O sistema recursal precisa ser revisado e reformado (não só para os crimes de “corrupção”, mas para todos os delitos), mas não é por isso que assistimos ao entulhamento dos tribunais. O problema inicia muito antes, na panpenalização e na banalização do próprio acusar, findando na falta de estrutura (material e pessoal) dos tribunais brasileiros.

O excesso de recursos é sintoma e não causa. Sem falar que também é reflexo de uma enxurrada de decisões teratológicas e recorrentes abusos do poder punitivo. Obviamente que, sob o olhar da “eficiência”, o ideal é que nem recurso (defensivo, é claro) houvesse... Depois vem o populismo penal de que o combate à corrupção está prejudicado pelo anacrônico sistema recursal. Errado, primeiro porque a corrupção é um problema cultural que

exige uma profunda mudança dos valores de uma sociedade em crise, que usa uma moral à *la carte* (*Morin, Prigogine, Bruckner, Bauman, et al.*); segundo porque já é uma conduta tipificada e punível; terceiro porque o problema da “eficiência” inicia lá na (crise da) investigação preliminar, sendo a fase recursal o que menos influi; quarto, se forem argumentar que os recursos geram a prescrição (e o pacote prevê a suspensão), o deslocamento é ainda mais grosseiro; por último, as mudanças afetam a todos os processos, por qualquer crime, tanto da justiça federal como também estadual (sempre esquecida em iniciativas como essa e que, quantitativamente, responde por uma demanda muito maior).

O anteprojeto inicia revogando o § 4.º do art. 600, que assegura à defesa o direito de apresentar as razões no tribunal. Trata-se de medida também já discutida e aprovada no Projeto de Código de Processo Penal em trâmite, mas que muito pouco representa para a almejada “celeridade” que norteia a proposta.

Segue “criminalizando” os embargos declaratórios, deixando de lado que eles nem precisariam existir se as decisões tivessem um mínimo de “suficiência”. Se existem, e em quantidade elevada, é (mais um) sintoma de que a administração da justiça não vai bem. Ficam proibidos os embargos declaratórios sucessivos e vão além: punição severa para os “manifestamente protelatórios” (de novo a cláusula genérica para municiar o decisionismo). Multa pesada e, se opostos novos embargos protelatórios no “curso do mesmo processo”, a multa pode ser elevada em até 10 vezes e será vedada de interposição de qualquer outro recurso até o depósito do valor respectivo. Sim, tem que pagar a multa para poder interpor os demais recursos cabíveis. Será que existe cerceamento de defesa e limitação recursal?

Mais grave é a revogação do art. 609, parágrafo único, do CPP, matando os Embargos de Nulidade e também os Infringentes. Trata-se de permitir a condenação total ou parcial por 2x1, ferindo de morte a ampla defesa e a própria presunção de inocência, na medida em que não mais se permitiria a ampla discussão até a superação da dúvida razoável. Graves injustiças seriam cometidas, basta ver a quantidade de Embargos Infringentes e de Nulidade anualmente acolhidos nos tribunais brasileiros com a reversão de condenações. A própria reforma do CPC, a despeito de ter extinguido formalmente os Embargos Infringentes, os manteve na dimensão substancial, na medida em que permite a continuidade (inclusive é obrigatória, acabando com o caráter voluntário do recurso) do julgamento em caso de decisão não unânime, por meio da chamada *suspensão de julgamento de acórdãos não unânimes*, presente no art. 955 do NCPC.

No mesmo sentido é um erro extinguir os Embargos de Nulidade, inclusive porque viola uma regra básica do sistema recursal: o necessário esgotamento nas esferas inferiores para ascender aos tribunais superiores. Enfim, um grande erro que leva de volta ao ponto nevrálgico da nossa divergência em relação ao “pacotão-punitivista”: se o problema é a demora nos julgamentos, a solução constitucionalmente orientada é melhorar as condições da administração da justiça e não limitar os acessos democraticamente construídos para se chegar até ela. A (de)mora deve ser combatida com “mais jurisdição” e não com “menos acesso à jurisdição”. Do contrário, que se rasgue a Constituição de uma vez por todas e desistamos do projeto democrático. E é esse o viés ideológico da imensa maioria das propostas apresentadas no pacotão-punitivista-do-MPF.

Mas o pior está por vir, em duas propostas radicais: (a) alteração e (mais) limitação do *habeas corpus*; e (b) possibilidade de execução provisória da pena.

Ambas exigiriam análises monográficas separadas, mas temos que nos limitar a alguns poucos parágrafos para apresentar as propostas. Como se não bastassem as limitações já impostas pelos tribunais brasileiros (o famoso “não conheço”, mas dou-de-ofício-quando-quiser), o anteprojeto estabelece seis casos em que “a ordem de *habeas corpus* não será concedida”! Inicia vedando a concessão de ofício (salvo quando for caso de prisão manifestamente ilegal); segue proibindo – genericamente – a concessão de liminar (repetindo o “salvo” anterior...); quando houver supressão de instância (precisaria disso?); condicionando à “prévia requisição de informações ao promotor natural da instância de origem” (mas o que é isso! e essa figura híbrida e malformada de “promotor natural”⁽⁶⁾ existe desde quando?); finalizando com a proibição de HC para discutir nulidade, trancar investigação ou processo e como sucedâneo de recurso. A inconstitucionalidade e os absurdos de tais limitações ao HC saltam aos olhos.

Também se percebe um deslize de arrogância institucional preocupante,

pois pretende uma parte (e o MP é uma parte acusadora artificialmente construída, como já explicamos) limitar e determinar como deve – legislativamente – se postar o julgador. Ademais, legisla em causa própria e para desequilibrar em seu próprio benefício. E chega ao extremo de pretender vedar a concessão de HC em determinados casos! Ora, convenhamos, teriam sido mais coerentes se propusessem logo a extinção do HC ou somente o permitissem quando o MP desse parecer favorável à concessão da ordem...

Depois de mudar o sistema recursal para atender as conveniências do acusador e limitar ao máximo a concessão do HC, é claro que faltava o *grand finale*: ressuscitar a “prisão cautelar obrigatória”, com a possibilidade de execução antecipada da pena após a decisão proferida em segunda instância. Não só é um retrocesso, pois já passamos dessa fase, como também utiliza de um argumento falacioso: o de que a “eficiência do combate à criminalidade” está comprometida porque ninguém pode ser preso antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Esse argumento é midiaticamente sedutor, mas juridicamente fraudulento. Qualquer pessoa pode ser presa durante a investigação, fase processual ou mesmo recursal, basta que se tenha *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*. Havendo “necessidade”, qualquer pessoa pode ter a prisão preventiva decretada durante a fase recursal. O que é claramente inconstitucional, excessivo e desnecessário é o instituto da prisão-cautelar-obrigatória (que, se cautelar, jamais pode ser obrigatória e vice-versa), algo que já se teve e não se quer mais. Um grave e desnecessário retrocesso civilizatório e processual.

Dessarte, em que pese todo o imenso respeito que temos pelo MPF, as propostas são uma grande decepção. Mais do que inconstitucionais, muitas são juridicamente (e institucionalmente) arrogantes e antidemocráticas. Representam não só um desrespeito com o cidadão (pois o imputado também o é), mas também com o próprio Poder Judiciário, especialmente com as tais “proibições” de concessão de HC. Punir é necessário, mas não dessa forma e com esse custo democrático, constitucional e civilizatório. Lamentável.

Notas

- (1) Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-24/ministros-advogados-apontam-inconsistencias-propostas-mpf>>.
- (2) Como explicamos em nossa obra *Direito processual penal*, 12. ed., publicada

pela Editora Saraiva: “Para aqueles que por ingenuidade ou conveniência ainda sustentam que no processo penal o Ministério Público é uma parte imparcial, recomenda-se a leitura de CARNELUTTI (Poner en su puesto al Ministerio Publico. In: Cuestiones sobre el Proceso Penal. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Librería el Foro. 1960. p. 211 e ss.), que, em diversas oportunidades, pôs em relevo a impossibilidade de la cuadratura del círculo: ¿No es como reducir un círculo a un cuadrado, construir una parte imparcial? El ministerio público es un juez que se hace parte. Por eso, en vez de ser una parte que sube, es un juez que baja. Em outra passagem (Lecciones sobre el Proceso Penal, v. II, p. 99), CARNELUTTI explica que não se pode ocultar que, se o promotor exerce verdadeiramente a função de acusador, querer que ele seja um órgão imparcial não representa no processo mais que uma inútil e ‘hasta molesta duplicidad’. Para GOLDSCHMIDT (Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal. Barcelona, Bosch, 1935. p. 29), o problema de exigir imparcialidade de uma parte acusadora significa cair en el mismo error psicológico que ha desacreditado al proceso inquisitivo, qual seja, o de crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como acusar, julgar e defender. O Ministério Público – felizmente – é uma parte artificialmente construída para ser o contraditor natural do sujeito passivo e, com isso, criar as condições de possibilidade para que tenhamos um juiz imparcial (o único imparcial no jogo processual) e um sistema acusatório”.

- (3) Impossível, neste curto espaço, analisar tão complexa questão, de modo que remetemos o leitor para os inúmeros trabalhos já publicados por Lenio Luiz Streck sobre o “decisionismo” e o “solipsismo” em suas colunas no sítio <www.conjur.com.br> e também em suas obras, especialmente no *Verdade e consenso* e *O que é isto, decido conforme a minha consciência*?
- (4) Conforme a classificação por nós adotada na obra *Direito processual penal*, cit., p. 987 e ss.
- (5) Nesse sentido explica Adalberto Kaspary na obra *Habeas Verba – português para juristas*, Livraria do Advogado, 1994, p. 211.
- (6) Uma corruptela da figura do “juiz natural”, sem qualquer base constitucional ou convencional e tampouco sentido processual.

Aury Lopes Junior

Doutor em Direito Processual Penal pela
Universidad Complutense de Madrid (1999).

Professor Titular no Programa de Pós-Graduação, Mestrado e
Doutorado, em Ciências Criminais da PUC-RS.

Coordenador do Curso Telepresencial de Especialização em
Ciências Penais da LFG/Anhanguera.

14. PRESCRIÇÃO PENAL

Prescrição e impunidade: responsabilidade pública

René Ariel Dotti

“O poder público é o principal responsável pelo congestionamento da Justiça, aponta levantamento realizado pela AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros) em dez Estados do país, além do Distrito Federal” (*Folha de S. Paulo*, 10.08.2015).

I. Introdução

1. A razoável duração do processo

A Emenda Constitucional 45/2004 acrescentou ao repertório dos direitos e das garantias fundamentais a promessa da *razoável duração do processo*. O nosso modelo acompanha vários textos internacionais: (a) *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (Paris, 1948, art. VIII); (b) *Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais* (Roma, 1950, art. 6.º); (c) *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* (1966, art. 14, n. 3, c); (d) *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (Pacto São José da Costa Rica – 1969, art. 8.º). Também nas modernas Cartas Magnas essa garantia é consagrada: Portugal, artigo 32.º, n. 2 e a Espanha, art. 24, n. 2.

Conforme **Canotilho e Moreira**, uma importante dimensão do princípio da presunção da inocência e que assume valor autônomo, é “a *obrigatoriedade de julgamento no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa* (n. 2, *in fine*)”.⁽¹⁾

2. Meios que garantam a celeridade de sua tramitação

Ao leitor cuidadoso do art. 5.º, LXXVIII, da Carta Política, certamente não escapam duas observações: (1.ª) A harmonia da nova disposição com o princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento da República (CF, art. 1.º, III); (2.ª) O enunciado não se limita à proclamação da primeira parte da frase: “são assegurados a razoável duração do processo”, mas é provido de um complemento indispensável para a eficácia da norma: “(...) e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

É evidente que “os meios” para cumprir o *mandamento* da lei maior não se limitam às alterações legislativas. Eles compreendem, também, a provisão de recursos humanos e materiais e o implemento de medidas administrativas para que os juízos e os tribunais possam melhor cumprir os deveres da prestação jurisdicional. A desburocratização de procedimentos, as alterações em regimentos internos, a especialização da magistratura, a adoção do processo eletrônico, além de inúmeras outras alternativas têm sido sustentadas por entidades representativas dos profissionais do Direito, a exemplo da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e outras instituições preocupadas com o drama causado pela morosidade dos litígios forenses. Mas não é possível ignorar a obrigação do magistrado para adotar providências endoprocessuais de prevenção e repressão da conduta temerária do procurador da parte, fundado

no princípio da lealdade processual, que é um dos deveres deontológicos do causídico: Lei 8.906/1994, art. 33; Código de Ética e Disciplina da OAB, art. 2.º, parágrafo único, II; CPC, art. 14, II e III, c/c o CPP, art. 3.º. Em apropriada monografia, **Cruz e Tucci** aponta três frentes bem definidas para erradicar ou, pelo menos, atenuar os males das dilações indevidas; **a) mecanismos endoprocessuais de repressão à chicana; b) mecanismos de aceleração do processo; c) mecanismos (jurisdicionais) de controle externo da lentidão**.⁽²⁾

Com relação aos assuntos de Direito Penal e Direito Processual Penal, o espírito da Reforma do Judiciário não admite a restrição ou a anulação das garantias constitucionais já consagradas, como o contraditório e a ampla defesa “com os meios e recursos a ela inerentes” (CF, art. 5.º, LV).

3. O congestionamento das pautas dos tribunais

Poucas palavras são suficientes para explicar a carga oceânica dos feitos encaminhados aos tribunais tendo o Poder Público como o maior litigante. Basta considerar a denúncia do Presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros, **João Ricardo Costa**: “A Justiça não consegue atender o cidadão porque os Tribunais e Comarcas estão abarrotados de processos, resultante da má prestação de serviços regulados”, registra a pesquisa “O uso da Justiça e o litígio no Brasil” (Folha de S. Paulo, 10.08.2015). A AMB lançou em Brasília (11.08.2015) o movimento nacional “Não deixe o Judiciário parar”, baseado no aludido levantamento que se refere aos anos de 2010 a 2013 em 11 unidades da Federação. “A estimativa da AMB é de que existem atualmente cerca de 105 milhões de processos na Justiça. Desses, mais de 41 milhões não deveriam estar lá e poderiam ser resolvidos pelos órgãos e empresas competentes” (Folha de S. Paulo, 12.08.2015).

Sob outro aspecto, o STJ, “compõe-se de, **no mínimo**, trinta e três ministros” (CF, art. 104). No primeiro ano de atividade (1989) a Corte julgou, **3.711** processos enquanto o total em 2014 foi de **390.502**.⁽³⁾ E a composição, apesar dos anos e da multiplicação dos feitos, é a mesma!

4. O decurso do tempo, a prescrição e sua causa mater

Independentemente das teorias que procuram justificar esse fenômeno extintivo da punibilidade,⁽⁴⁾ jamais o pensamento jurídico-penal, desde a sua mais remota formação, pretendeu transferir a responsabilidade *pour le temps perdu* ao autor do delito ou à sua defesa.

Em um de seus imortais escritos, **Nelson Hungria** – o líder intelectual e coordenador da comissão que redigiu o Código Penal de 1940 – nos diz que a justiça demasiadamente tardia “*não pode alcançar o apoio da certeza que legitima uma condenação. (...) sua serôdica execução já não seria um ato de justiça profícua, mas um simples capricho da vingança*”.⁽⁵⁾

O fenômeno social e jurídico da prescrição criminal ocorre pela confluência de dois fatores determinantes: o decurso do tempo e a inércia do Estado. Essa é a lição do inesquecível mestre **Aníbal Bruno** conceituando a prescrição como a “*ação extintiva da punibilidade que exerce o decurso do tempo, quando inerte o poder público na repressão do crime*”.⁽⁶⁾

Fica muito claro, na própria definição do instituto, que a causa determinante da prescrição é o imobilismo do Estado e não a atuação da defesa na interposição dos recursos cabíveis, cuja demora para julgá-los não pode ser atribuída ao cidadão, mas deve ser debitada ao Judiciário. Em outras palavras: a responsabilidade é de natureza pública. E ainda quando a chicana vencer os limites éticos impostos ao advogado para alcançar o benefício da prescrição, valendo-se da omissão do juiz tardinheiro ou prevaricador, a *teoria do domínio do fato* deve ser utilizada por analogia, porque ao magistrado incumbe prover a regularidade do processo (CPP, art. 251). Ele tem o poder de controlar a continuidade ou a paralisação da ação tipicamente ilícita (violação de normas éticas legalmente estabelecidas). Com efeito, o partícipe, ou seja, o advogado da parte, *não domina*, por si só, a reprovável estratégia cujo bom êxito depende da nociva contribuição causal por omissão ou ação do Ministério Público e/ou do Juiz.

II. A mutilação do instituto da prescrição

5. Ensaio de recrudescimento punitivo

O Ministério Público Federal divulgou amplamente um elenco de medidas para o combate à corrupção e à impunidade. Uma delas pretende

a ampliação dos prazos da prescrição da pretensão executória da pena, a extinção da prescrição retroativa pela pena concretizada, a suspensão do prazo prescricional pela interposição de recursos especial e extraordinário e novas causas de interrupção. A “Justificativa” (*rectius*: Exposição de Motivos) do específico Anteprojeto de Lei, está impregnada de alegações generalizadoras e grosseiras em ofensa ao princípio do art. 133 da CF, servindo de exemplo a difamatória frase: “*A busca da prescrição e consequente impunidade é uma estratégia da defesa paralela às teses jurídicas, implicando o abuso de expedientes protelatórios*”. O disparate desse discurso omite o fato de que tal manobra pode e deve ser obstada por um magistrado atento e um Ministério Público diligente. E até mesmo por assistente do MP, se houver.

6. Anteprojeto

“Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, **acrescidos de 1/3**”.

Observações: Conforme o texto vigente, o aumento de um terço se deve à reincidência. A majoração prevista no anteprojeto perde substância e a melhor orientação é a supressão desse acréscimo, ampliando-se, *de lege ferenda*, o conteúdo da Súmula 220 do STJ (“A reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão **punitiva**”) para abranger também a hipótese da pretensão executória. Essa opinião está em harmonia com a doutrina que sustenta a inconstitucionalidade da agravante da reincidência (CP, arts. 61, I e 63), considerando-a como *dupla punição* e também como restauração de formas autoritárias da culpabilidade (em função do caráter e da personalidade).⁽⁷⁾

7. A malsinada Lei 12.234/2010

O MPF segue os rastros perniciosos da Lei 12.234/2010 que restaurou disposição da Lei 6.416/1977 para excluir a hipótese da data anterior ao recebimento da denúncia ou queixa como termo inicial para a prescrição. Assim fora consagrado pela Súmula STF 146 e o § 2.º do art. 110 do CP, introduzido com a Lei 7.209/1984. Com esse nefasto atraso, abriu-se a possibilidade para a violação aberta do *princípio da razoável duração do processo*. Por exemplo: a investigação pelo crime de lesão corporal leve (CP, art. 129: detenção de 3 meses a 1 ano), pode ser exageradamente prolongada (por negligência funcional ou outra causa), em caso de indiciado foragido e ocorrendo a hipótese do § 2.º do art. 77 da Lei 9.099/1995. No entanto, a denúncia ainda pode ser oferecida e recebida dias antes do limite de 4 (quatro) anos, que é o prazo da prescrição da pretensão punitiva (CP, art. 109, V). O paradoxo é intolerável: a demora para o início da ação penal é muito maior que a sanção cominada à infração!

8. Anteprojeto

“Art. 110. (...) § 1.º A prescrição, a partir da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, e antes do trânsito em julgado definitivo do feito, regula-se pela pena aplicada, sendo vedada a retroação de prazo prescricional fixado com base na pena em concreto”.

Observações: Com o argumento pífio de que “a prescrição retroativa não existe virtualmente em nenhum outro país do mundo” e a alegação *ad terrorem* de que o “sistema prescricional [brasileiro é] condescendente com a criminalidade”, a Exposição de Motivos do *disegno di legge* joga mais sal na terra em que floresceram a jurisprudência e a doutrina da extinção da punibilidade pela pena fixada na sentença.

Com esse desconchavo, fica revogada a prescrição intercorrente, ou seja, a que é caracterizada pelo lapso de tempo entre a data do recebimento da inicial e a sentença condenatória. Para demonstrar o absurdo dessa modalidade de “solução final” contra a impunidade, que é, alegadamente, causada apenas pelo decurso do tempo, vide a hipótese de uma condenação de 2 (dois) anos pelo delito de estelionato, mas em sentença proferida 8 (oito) anos após recebida a denúncia, sem que a defesa tenha provocado o retardamento. No regime vigente, a prescrição da ação penal pela pena concretizada ocorreria em 4 (quatro) anos (metade do tempo do citado processo hipotético) e deveria ser declarada já na sentença. Mas, a valer tal a proposta, o acusado poderia ficar bem mais de uma década (no total) às voltas com o processo. Considerando-se o interesse público na extinção da punibilidade, declarável de ofício pelo

juiz (CPP, art. 61), torna-se evidente o constrangimento abusivo e frustrados o espírito e a letra da garantia constitucional (art. 5.º, LXXVIII).

9. Anteprojeto

“Art. 112. Depois de transitar em julgado a sentença condenatória, a prescrição começa a correr: **I** – do dia em que transita em julgado, **para todas as partes**, a sentença condenatória ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional”.

Observações: Segundo o texto em vigor (CP, art. 112), “No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, **para a acusação**, (...)”. Sem qualquer razão a pretendida mudança. Como é elementar, o controle do curso do tempo e as intervenções para suspensão ou interrupção dos prazos prescricionais, constituem deveres intransferíveis do Estado que exerce o monopólio do *ius puniendi*. O réu não pode ser chamado a esse *litisconsórcio negativo* simplesmente porque o seu interesse é oposto.

O comentário de **Betanho** e **Zilli** ao art. 112 do CP, é bem precisa: “O CP na orientação anterior à Reforma Penal, ao dispor sobre o início da prescrição após a sentença condenatória, não se referiu expressamente ao trânsito em julgado; mas a jurisprudência, em face do princípio da impossibilidade da majoração da pena (na *reformatio in pejus*), já considerava que devia ser levado em conta o trânsito em julgado para a acusação (e não necessariamente para ambas as partes). A Lei 7.209/84, agasalhando essa interpretação, foi expressa ao dispor que a prescrição da pretensão executória começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação. **Diante da clareza do texto legal, a corrente jurisprudencial que ainda exigia o trânsito em julgado para ambas as partes (RT 456/424) ficou superada**”.⁽⁸⁾

10. Anteprojeto

“Art. 116. Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: **I** – (...); **II** – (...) **III** – desde a interposição dos recursos especial e/ou extraordinário, até a conclusão do julgamento.

Parágrafo único. Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo, foragido ou evadido”.

Observações: Nenhuma necessidade para a sinonímia “passar” quando em dispositivos anteriores é utilizada a palavra já consagrada : “transitar” (em julgado).

Essa proposta já consta do Projeto de Lei 156, de 2009, art. 505, § 3.º, aprovado pelo Senado Federal (2010) e que encontra-se na Câmara dos Deputados (PL 8.045/2010). Mas não deve prosperar porque afronta o princípio da amplitude da defesa, nela compreendido o emprego de meios “e recursos a ela inerentes” (CF, art. 5.º, LV). É elementar que o direito aos recursos legalmente cabíveis – garantia fundamental vinculada à presunção

da inocência – não pode sofrer o obstáculo à fluência do prazo prescricional em função de seu próprio exercício.

11. Anteprojeto: novas causas de interrupção da prescrição

Observações: Entre as novas causas propostas para interromper a prescrição consta a substituição da decisão do juiz pelo simples oferecimento da denúncia ou queixa (CP, art. 117, I). Nada mais excêntrico. O Ministério Público é *parte* na relação processual competindo-lhe, privativamente, a promoção da ação penal pública (CF, art. 129, I). Não lhe é conferido o poder de controle jurisdicional sobre a aptidão ou inépcia da inicial acusatória que é insito ao magistrado quando recebe ou rejeita a petição. Trata-se de manifestação personalíssima e sujeita ao requisito constitucional da fundamentação, sob pena de nulidade (CF, art. 93, IX). A mesma objeção vale para o PL do Senado 658/2015.

Notas

- (1) CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Ed., 2007. vol. 1.º, p. 519. (destaque do original).
- (2) CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 146.
- (3) Relatório Estatístico de 2014 do STJ.
- (4) Em sua inesgotável capacidade de pesquisa, Nélson Hungria enumera algumas teorias principais: *teoria da prova*; *teoria da readaptação* (*praesumptio vitae emendatae*); *teoria da expiação moral* ou *indireta*; *teoria do esquecimento*; *teoria psicológica*; *teoria da equidade*; *teoria da extinção dos efeitos antijurídicos*. Até mesmo uma exótica especulação adota a *analogia civilística*: a aquisição do (suposto) direito à impunidade, pela inação ou negligência dos órgãos estatais incumbidos da reação penal (*Novas questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito Ltda, 1945. p. 113).
- (5) *Novas questões jurídico-penais*, cit., p. 112.
- (6) *Direito Penal* – Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, t. 3.º, p. 209.
- (7) SILVA FRANCO, Alberto. Sobre a não recepção da reincidência pela Constituição Federal de 1988. Brevs anotações. *Direito penal na atualidade* – Escritos em homenagem ao Professor Jair Leonardo Lopes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 5; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal* – Parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2008. p. 580-581; DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2013. p. 653-654.
- (8) BETANHO, Luiz Carlos; ZILLI, Marcos. *Código Penal e sua interpretação*: doutrina e jurisprudência. Coordenação de Alberto Silva Franco e Rui Stoco. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 591 (destaque meu).

René Ariel Dotti

Professor Titular de Direito Penal, Corredor dos projetos que se converteram nas leis 7.209 e 7.210/1984.

Vice-Presidente Honorário da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP).

Advogado.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

COORDENADOR-CHEFE: José Carlos Abissamra Filho

COORDENADORES ADJUNTOS: Arthur Sodré Prado, Fernando Gardinali e Guilherme Sugumori Santos.

CONSELHO EDITORIAL:

Acacio Miranda da Silva Filho, Alberto Alonso Muñoz, Alexandre Pacheco Gonçalves, Alexandre Soares Ferreira, Amélia Emy Rebouças Imasaki, Anderson Bezerra Lopes, André Azevedo, André Ricardo Godoy de Souza, Andre Pires de Andrade Kehdi, Andrea Cristina D'Angelo, Antonio Baptista Gonçalves, Arthur Sodré Prado, Átila Pimenta Coelho Machado, Bruno Nascimento Nunes, Bruno Salles Pereira Ribeiro, Bruno Redondo, Carlos Alberto Garcete de Almeida, Carlos Domênico Viveiros, Caroline Braun, Cecilia de Souza Santos, Cecilia Tripodi, Cláudia Barrilari, Christiany Pegorari, Conrado Almeida Corrêa Gontijo, Daniel Allan Burg, Daniel Del Cid, Daniel Kignel, Daniel Leonhardt dos Santos, Danilo Dias Ticami, Danyelle da Silva Galvão, Dayane Fanti, Décio Franco David, Douglas Lima Goulart, Eduardo Augusto Paglione, Edson Roberto Baptista de Oliveira, Eleonora Rangel Nacif, Evandro Camilo Vieira, Fabiana Zanatta Viana, Felipe Mello de Almeida, Fernanda Balera, Fernanda Carolina de Araújo, Fernanda Regina Vilares, Fernando Gardinali, Fernando Lacerda, Felício Nogueira Costa, Flávia Guimarães Leardini, Gabriel Huberman Tyles, Giancarlo Silkunas Vay, Guilherme Lobo Marchioni, Guilherme Silveira Braga, Guilherme Sugumori Santos, Hugo Leonardo, Ilana Martins Luz, Jacqueline do Prado Valles, Jamil Chaim Alves, Jorge Miguel Nader Neto, José Carlos Abissamra Filho, José

Roberto Coelho de Almeida Akutsu, Karlis Mirra Novickis, Larissa Palermo Frade, Leopoldo Stefanno Gonçalves Leone Louveira, Leonardo Biagioni de Lima, Luis Gustavo Veneziani Sousa, Marcel Figueiredo Gonçalves, Marco Aurélio Florêncio Filho, Maria Carolina de Moraes Ferreira, Maria Jamile José, Mariana Chamelette, Matheus Herren Falivene de Sousa, Matheus Silveira Pupo, Milene Cristina Santos, Matheus Herren Falivene de Sousa, Milene Mauricio, Octavio Augusto da Silva Orzari, Paola Martins Forzenigo, Paulo Sergio Guardia Filho, Pedro Augusto de Padua Fleury, Pedro Beretta, Pedro Castro, Rachel Lerner Amato, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Rafael Fecury Nogueira, Rafael Lira, Rafael Tiago da Silva, Renato Stanzola Vieira, Ricardo Caiado Lima, Rodrigo Nascimento Dall'Acqua, Rogério Fernando Taffarello, Sônia Zattar, Sérgio Salomão Shecaira, Taisa Fagundes, Tatiana de Oliveira Stoco, Thais Paes, Theodor Balducci de Oliveira, Vinicius Gomes de Vasconcellos, Vinicius Lapetina, Wilson Tavares de Lima e Yuri Felix.

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Arthur Martins Soares, Bruna Torres Caldeira Brant, Bruno Mauricio, Daniel Del Cid, Fábio Suardi D'Elia, Felício Nogueira Costa, Gabriela Rodrigues Moreira Soares, Giancarlo Silkunas Vay, Greice Tisaka, Guilherme Sugumori Santos, Jairton Ferraz Júnior, José Carlos Abissamra Filho, Juliana Sette Sabbato, Leopoldo Stefanno Leone Louveira, Mariana Helena Kapor Drumond, Matheus Silveira Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Mauricio, Milton Alexandre do Nascimento, Paula Mamede, Pedro Luiz Bueno de Andrade, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Moraes, Ricardo Mamoru Ueno, Roberta Werlang Coelho Beck, Sônia Zattar,

Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva, Thais Marcelino Resende, Vivian Peres da Silva e Wilson Tavares de Lima.

COMISSÃO DE ATUALIZAÇÃO DO VOCABULÁRIO BÁSICO

CONTROLADO (VBC): Alberto Silva Franco, Maria Cláudia Giroto do Couto, Renato Watanabe de Moraes e Suzane Cristina da Silva.

PROJETO GRÁFICO: Lili Lungarezi - liliungarezi@gmail.com

PRODUÇÃO GRÁFICA: Editora Planmark - Tel.: (11) 2061-2797
planmark@editoraplanmark.com.br

REVISÃO: Microart - Tel.: (11) 3013-2309
microart@microart.com.br

IMPRESSÃO: Ativaonline - Tel.: (11) 3340-3344

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 representa necessariamente a opinião deste Instituto.

Tiragem: 11.000 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar, CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3111-1040 (tranco-chave)
www.ibccrim.org.br

15. AJUSTES NAS NULIDADES

As propostas de alteração do regime de provas ilícitas no processo penal

Gustavo Badaró

Entre as 10 propostas contra a corrupção, objeto de uma bem-sucedida campanha publicitária de parte dos membros do Ministério Público Federal, o presente artigo pretende analisar parcialmente a Medida 7 – “Ajustes nas nulidades penais contra a impunidade e a corrupção”, mais especificamente, Proposta 15 intitulada “Ajustes nas nulidades”, quanto à proposta de alteração do art. 157 do Código de Processo Penal.

Diante do teor das propostas, cabe lembrar que o art. 5.º, *caput*, LIV, da Constituição, assegura que: “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”.

Antes da análise do texto projetado, é necessário, porém, posicionar-se sobre a relação entre processo e verdade, passando, claro, pela prova penal. Penso o processo penal como um instrumento epistêmico, com espaço contraditório para a melhor reconstrução histórica dos fatos, com base nas provas produzidas. O processo penal serve para tornar legítima a liberação do poder punitivo estatal. Somente após o funcionamento desse mecanismo, perante o juiz natural, com produção de provas lícitas, cujo resultado permita fundamentar racionalmente a escolha judicial pela hipótese acusatória, uma vez atingido um grau de convencimento da culpa do acusado além de qualquer dúvida razoável, é que a presunção de inocência será superada e a punição estatal imposta.

Evidentemente que isso não significa uma posição ingênua sobre o atingimento da verdade. Sem ignorar os avanços do giro linguístico, principalmente o papel de intermediação entre a linguagem e a realidade, isso não autoriza que se rompa toda e qualquer conexão entre o conhecimento e a realidade. A realidade externa existe e constitui o padrão de medida, o critério de referência que determina a verdade ou a falsidade dos enunciados fáticos.⁽¹⁾

Adota-se, pois, um conceito de *verdade como correspondência*, mas numa relação teleológica entre prova e verdade. Como explica **Ferrer Beltrán**, o enunciado “p está provado” deve ser entendido como sinônimo de “há elementos de prova suficientes a favor de p”. O que não significa que a proposição, porque está provada, seja verdadeira. Uma hipótese fática pode resultar provada ainda que seja falsa.⁽²⁾

Por outro lado, parte-se da premissa de que justiça e verdade são noções complementares ao exercício do poder. Logo, a exclusão de provas ilícitas, mas com efetivo potencial heurístico – por exemplo: o conteúdo de uma interceptação telefônica não autorizada judicialmente –, poderá comprometer a verdade e, consequentemente, a justiça da decisão. Isso não significa, porém, que o acerto da verdade é o fim último do processo, em especial, do penal. A verdade é apenas um pressuposto para poder adequadamente decidir qual é a hipótese legal aplicável ao caso concreto.⁽³⁾ Aliás, é importante lembrar a advertência de **Ferrajoli**: “*se uma justiça penal inteiramente ‘como verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal inteiramente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbítrio*”.⁽⁴⁾

Passa-se, agora, ao Anteprojeto.

A Constituição veda a utilização no processo das provas obtidas por meios ilícitos. Não define, contudo, o que são provas ilícitas. A doutrina nacional tem empregado a distinção proposta por **Ada Pellegrini Grinover** que, com base em **Nuvolone**, considera que provas contrárias à lei pertencem ao gênero das *provas ilegais*, que, por sua vez, dividem-se em duas espécies: *provas ilegítimas* e *provas ilícitas*. As provas ilegítimas são aquelas produzidas com a violação de normas processuais (por exemplo, oitiva de uma testemunha, sem dar às partes o direito de perguntas). As provas ilícitas são obtidas com a violação de normas de direito material ou de garantias constitucionais (por exemplo, um “grampo telefônico” ilegal).⁽⁵⁾

A reforma do CPP de 2008, na disciplina legal do regramento constitucional da vedação da prova ilícita, parece não ter adotado a conceituação da prova ilícita segundo os parâmetros doutrinários e jurisprudenciais que vinham sendo tranquilamente aceitos, a partir da distinção entre provas ilícitas

(violação de regras de direito material) e provas ilegítimas (violação de regras processuais). Isso porque a nova redação do *caput* do art. 157 do CPP prevê: “*São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*”. Ou seja, para a caracterização da prova ilícita, não se fez qualquer distinção entre natureza da norma violada, se de direito material ou processual.

Tal situação gerava confusões e, em caso de violação de garantias constitucionais de natureza processual (juiz natural, contraditório, ampla defesa, motivação etc...) tornava difícil a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima.⁽⁶⁾ Justamente por isso, do ponto de vista doutrinário, propusemos uma nova definição de prova ilícita: “*podem ser definidas como provas ilícitas as provas obtidas, admitidas ou produzidas com violação das garantias constitucionais, sejam as que asseguram liberdades públicas, sejam as que estabelecem garantias processuais*”.⁽⁷⁾

Não difere muito de tal conceito o que consta do Anteprojeto, no sugerido *caput* do art. 157, que define provas ilícitas como: “*as obtidas em violação de direitos e garantias constitucionais ou legais*”. A grande questão é: o que serão consideradas garantias constitucionais ou legais, principalmente as garantias legais de natureza processual? A justificativa da proposta ao criticar o conceito atual: “*O conceito é por demais amplo e permite a anulação de provas (o sepultamento de grandes operações policiais de combate ao crime ou de complexas ações penais em fases avançadas ou até mesmo já julgadas) por inobservância de uma simples formalidade, por menor importância que tenha, mesmo que isso não implique violação de direito ou garantia do investigado*”. O que serão “simples formalidades” de “menor importância”? O discurso pró repressão traz o cheiro de mofo de uma defesa social que inspirou a Exposição de Motivos do CPP de 1940, em que **Francisco Campos** proclamava, como hoje fazem os autores do Anteprojeto, sem ruborescer, que “*o projeto é infenso ao excessivo rigorismo forma, que dá ensejo, atualmente, à infundável série de nulidades processuais*”.⁽⁸⁾ Aos jovens, fica a advertência dos clássicos, nas palavras de **Pimenta Bueno**: “*Quem não conhece bem o processo criminal, e portanto o valor das formas, estranha que se anule um processo só por omissão delas; mas quem reconhece que sem a sua fiel observância o processo pode tornar-se um caos ou objeto de capricho e arbitrariedade dos juízes, não pode pensar assim*”.⁽⁹⁾ No processo penal, forma não é formalismo inútil, mas garantia do devido processo legal.

Em suma, a definição de prova ilícita proposta, em si, não é ruim. O perigo está nos detalhes, que se inclui a interpretação que se propõe, colocando em risco a garantia constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

O anteprojeto também é criticável por confundir hipóteses que afastam a ilicitude da prova, isto é, da prova diretamente ilícita, com as situações de exclusão da aplicação da chamada prova ilícita por derivação ou *fruits of the poisonous tree*. Atualmente, essa distinção está clara no § 1.º do art. 157.

O Anteprojeto acata a distinção entre provas ilícitas (art. 157, *caput*) e provas “derivadas das ilícitas” (art. 157, § 1.º). Esta últimas, como sabido, são provas que em si não são ilícitas, mas que são contaminadas pela fonte espúria da qual decorre. Por isso se fala em provas ilícitas por derivação, ou “efeito-a-distância” da prova ilícita.

Os autores do Anteprojeto olvidam-se de tal distinção ao proporem a nova redação do § 2.º do art. 157, em que são propostas nada menos do que 10 hipóteses que “excluem” a ilicitude da prova, sem distinguir os casos de ilicitude direta e indireta. Além dessa confusão, os dispositivos também podem ser criticados pois, ora dizem o óbvio, ora são ininteligíveis. E, quando são inovadores e compreensíveis, pecam pela inconstitucionalidade.

É óbvio ululante que se uma prova (*rectius*: uma fonte de prova) foi obtida em legítima defesa ou no estrito cumprimento de dever legal (inc. VI), ou ainda no exercício regular de direito (inc. IX), essa prova não é ilícita! Legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício

regular de um direito – e acrescentamos – em estado de necessidade são excludentes de ilicitude (CP, art. 23) e, como tais, fazem com que os atos praticados sob sua incidência sejam lícitos. A prova, portanto, em tais casos, será lícita, e não ilícita.

Também parece desnecessário destacar que é afastada a ilicitude da prova no caso em que sua utilização seja necessária para provar a inocência do réu ou reduzir-lhe a pena. Sempre se aceitou, sem ressalvas, a possibilidade da utilização da chamada prova ilícita *pro reo*.

Mais difícil, ainda, é a compreensão da exceção do inc. I. Exclui-se a ilicitude da prova quando “*não evidenciado o nexo de causalidade com as ilícitas*”. Embora sem referência expressa, tal dispositivo, que já consta da redação atual do § 1.º do art. 157, somente pode ser entendido em relação às provas ilícitas por derivação. Mas, mesmo assim, é totalmente criticável. Se não há relação causal, não há ilicitude por derivação! Logo, não deveria o Anteprojeto manter tal regra, mas corrigi-la, tornando-a inteligível.

Por outro lado, os incs. II e IV do mesmo parágrafo confundem o que é hipótese de afastamento da aplicação, pura e simples de *exclusionary rules*, dos casos em que não se aplicam a *derivative evidence doctrine*, também conhecida por *fruits of poisonous tree*.

As hipóteses de “fonte independente” (inc. II) e “atenuação da contaminação” (inc. IV) são situações de exceção à doutrina da prova ilícita por derivação, segundo a jurisprudência da Suprema Corte Norte-americana, assim como também o é a “descoberta inevitável”. A formulação da doutrina estadunidense do *fruit of the poisonous tree* não implica uma vedação absoluta da prova ilícita por derivação. Excepcionalmente, admite-se a utilização da prova ilícita derivada em três exceções: (1) *attenuation of the taint*; (2) *independent source*; e (3) *inevitable discovery*.

O anteprojeto procura incluir a exceção da atenuação da contaminação no inc. IV, para excluir a ilicitude da prova: “*a relação de causalidade entre a ilicitude e a prova dela derivada for remota ou tiver sido atenuada ou purgada por ato posterior à violação*”.

O dispositivo proposto, contudo, não é suficientemente preciso para que se compreenda, em termos estritos, o seu alcance. O qualificativo “remoto”, que se atribui à relação de causalidade, não esclarece em que sentido se dará tal relação não imediata. Será remoto por ter ocorrido há muito tempo, ou por que está distante no espaço? A questão não é terminológica. Do ponto de vista da relação de causalidade, é possível que haja uma distância temporal longa, entre causa e efeito, mas sem a ocorrência de eventos supervenientes. Por outro lado, o evento e seu resultado podem ser temporalmente próximos, mas intermediados por fatos intervenientes. Não se sabe qual o sentido da proposta.

Na doutrina estadunidense, essas questões são analisadas sob o título de *attenuation of the taint*, que admite três distintas situações para caracterizá-la: *the time period between the illegality and the acquisition of the secondary evidence* (o período de tempo entre a ilegalidade e a aquisição da prova secundária); *the occurrence of intervening events* (a ocorrência de eventos intervenientes); e *the flagrancy of the initial illegality* (a flagrância da ilegalidade inicial).⁽¹⁰⁾ Parece que o anteprojeto procura incorporar apenas as duas primeiras situações, até mesmo porque, a terceira delas, liga-se à exceção da boa-fé, como se verá na sequência.

Quanto às exceções da fonte independente e descoberta inevitável, o inc. II do § 2.º do Anteprojeto limita-se a copiar a atual hipótese do § 2.º do art. 157 do CPP, no que merece severa crítica. Isso porque o dispositivo em vigor, assim como o projetado, ao procurar definir o que se considera como “fonte independente” parece conceituar a outra exceção da prova ilícita por derivação, da descoberta inevitável. Ao mais, além de confundir as duas exceções, o faz em termos tão amplos, que pode anular a própria regra geral da vedação das provas ilícitas derivadas. Por tal motivo, **Antonio Magalhães Gomes Filho** corretamente o considera inconstitucional.⁽¹¹⁾

Chega-se, então, ao que pode ser visto como a grande novidade: a exceção da boa-fé – *Good-faith exception* – que até hoje não encontrou regulamentação no ordenamento brasileiro, aparece em dois dispositivos do Anteprojeto. O inc. III admite a utilização da prova ilícita se o agente a tiver obtido de “*boa-fé ou por erro escusável*”, baseada no elemento subjetivo do agente, se este, fundadamente, em razão de fato ou circunstância, considerou que a diligência de obtenção da prova estava legalmente autorizada, a prova, mesmo que objetivamente ilícita, poderá ser utilizada. Já o inc. V, tratando do reverso da medalha, afasta a ilicitude da prova quando “*derivada de decisão judicial*

posteriormente anulada, salvo se a nulidade decorrer de evidente abuso de poder, flagrante ilegalidade ou má-fé”. Isto é, havia uma decisão judicial aparentemente lícita, que autoriza a atuação dos agentes estatais, que sob esse aparente manto de legalidade obtém a prova. Todavia, posteriormente, essa decisão judicial que autorizou o meio invasivo vem a ser anulada.

A Suprema Corte dos EUA admitiu a exceção da boa-fé, pela primeira vez, no ano de 1984, no caso *United States v. Leon*, afastando a aplicação das regras de exclusão da prova.⁽¹²⁾ *Leon* foi preso com base no depoimento de um informante da polícia que declarou que o investigado era um grande traficante de drogas. A polícia obteve um mandado judicial de busca e apreensão, ingressou na residência do investigado e encontrou grande quantidade de droga. Posteriormente, a defesa alegou, no tribunal, que no momento da busca, não havia *probable cause* para a expedição do mandado de busca e apreensão, o que foi admitido pelo juiz. Diante de tal decisão, requereu-se a exclusão da prova consistente na droga apreendida. A Suprema Corte dos EUA considerou, contudo, que a aplicação da *exclusionary rule* somente tem lugar quando a violação da 4.ª Emenda, que protege o cidadão de buscas arbitrárias, ocorre de forma deliberada, o que não era o caso, pois quando a polícia realizou a busca, confiava na legalidade do mandado. Acrescentou, ainda, que a finalidade das regras de exclusão probatória é impedir o mau comportamento policial, mas não o comportamento do policial que age de acordo com um senso comum de razoabilidade. O posicionamento por trás de tal teoria é que a finalidade das *exclusionary rules* não é proteger cidadãos, para que seus direitos individuais não sejam violados, mas dissuadir os agentes policiais de cometerem violações a tais direitos.

Depois disso, a “exceção da boa-fé” foi aplicada em outros casos alargando demasiadamente seu campo de aplicação: Em *Massachusetts v. Shepherd*, a Suprema Corte norte-americana admitiu as provas obtidas com base em mandado judicial de busca que não descrevia os itens a serem apreendidos. Em *Illinois v. Krull*,⁽¹³⁾ a Corte validou os resultados probatórios de apreensão administrativa realizada sem mandado judicial, mas autorizada por lei estadual que, tempos depois, veio a ser declarada inconstitucional. Em *Arizona v. Evans*,⁽¹⁴⁾ a Suprema Corte admitiu a exceção da boa-fé e considerou válidos elementos probatórios decorrentes de prisão realizada com base em informação incorretamente passada pelo sistema informático do Poder Judiciário, segundo o qual teria sido legalmente expedido mandado de prisão. Por fim, em 2009, no julgamento de *Herring v. United States*,⁽¹⁵⁾ a Corte validou os resultados probatórios decorrentes de abordagem policial efetuada com base em mandado judicial de prisão, na verdade inexistente, incorretamente registrado no sistema informático mantido pela polícia.⁽¹⁶⁾

O poder de manobra seria imenso. A jurisprudência poderia se posicionar no sentido de que, para a manutenção da prova, caberá à acusação demonstrar que o agente estatal agiu de boa-fé. No entanto, não se estranharia que adotasse o caminho oposto, fazendo pesar sobre os ombros da defesa o ônus de demonstrar que o agente estatal agiu de má-fé.

Já o inc. VIII é claramente inconstitucional, não lhe retirando o caráter violador da Constituição a ressalva final de que tal prova ilícita – do qual se pretende excluir o caráter ilícito com mero jogo de palavras – não servirá “para demonstrar a culpa ou agravar a pena”. Segundo a proposta, não seria ilícita a prova: “*VII – usada pela acusação com o propósito exclusivo de refutar álibi, fazer contraprova de fato inverídico deduzido pela defesa ou demonstrar a falsidade ou inidoneidade de prova por ela produzida, não podendo, contudo, servir para demonstrar culpa ou agravar a pena*”. A Constituição não admite, “no processo”, as provas obtidas por meios ilícitos. Sejam elas destinadas a provar a culpa, agravar a pena, ou qualquer outro fato juridicamente relevante, incluindo álibis ou qualquer outro fato alegado pela defesa.

Finalmente, o inc. X propõe o afastamento do caráter ilícito da prova que seja “*obtida de boa-fé por quem dê notícia-crime de fato que teve conhecimento no exercício de profissão, atividade, mandato, função, cargo ou emprego públicos ou privados*”. Primeiro, é preciso distinguir: dar notícia-crime e fornecer elementos ilicitamente obtidos, junto com a notícia do crime.

Simplesmente dar a notícia de um crime não gera qualquer prova ilícita, mas apenas desencadeará uma investigação que deverá seguir os trâmites legais. Coisa distinta é dar notícia de um crime, fazendo-a acompanhar de elementos obtidos com o exercício da atividade (por exemplo: dados protegidos por sigilo fiscal que acompanham uma representação fiscal para fins penais).

Pressupondo tratar-se dessa segunda situação o que se pretende normatizar, o dispositivo é ou claramente inconstitucional, ou desnecessário! *Tertium non datur*. Não terá sentido se o sujeito, em atividade pública

ou privada, de boa ou de má-fé, dá notícia-crime, fundamentando-a em elementos ilicitamente obtidos. Por outro lado, se a ideia é autorizar que um meio de prova obtido ilicitamente possa acompanhar uma notícia-crime, somente porque o agente que a transmite, seja ele público o privado, está de boa-fé, a inconstitucionalidade é inofensiva. A Constituição não assegura: “são inadmissíveis, no processo, as provas ilícitas **obtidas de má-fé**”. O que determina a natureza lícita ou ilícita da prova não é a intenção de quem a obtém. Isso poderá servir para isentar o agente público ou o particular do cometimento de algum crime, por ocasião da obtenção de tal elemento. Mas não pode servir para afastar a violação da garantia constitucional na obtenção da prova e, consequentemente, sua inadmissibilidade no processo.

Enfim, o problema do grau de aceitação ou não das provas ilícitas no processo penal se coloca no plano de tensão constante entre a efetividade da persecução penal e a preservação dos direitos e garantias fundamentais dos acusados. Da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, cujas decisões foram tão citadas na justificativa do Anteprojeto, ainda ecoa com atualidade a advertência do Justice Brandeis, feita em 1928, ao julgar o famoso caso *United States v. Olmstead*: “Em um governo de lei, a existência do governo será posta em risco se falhar em observar estritamente os ditames legais. (...) Crime é contagioso. Se o governo torna-se um violador da lei, ele incentiva a violação da lei, convidando cada homem a se tornar a sua própria lei, convida à anarquia”.⁽¹⁷⁾

Notas

- (1) TARUFFO, Michele. *La semplice verità*. Il giudice e la costruzione dei fatti. Roma: Editori Laterza, 2009. p. 78.
- (2) BELTRÁN, Ferrer. *Prova e verità nel diritto*. Tradução de Valentina Carnevale, Bologna: Il Mulino, 2004. p. 39.
- (3) UBERTIS, Giulio. *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*. Torino: Utet, 1999. p. 7.
- (4) FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 5. ed. Bari: Laterza, 1998. p. 18.

- (5) *Liberdades públicas e processo penal*: as interceptações telefônicas. 2. ed. São Paulo: RT, 1982. p. 98-99. A distinção doutrinária foi expressamente acolhida pelo Plenário do STF, no julgamento do HC 69.912-0/RS (*LEX-STF* 183/320).
- (6) Para um análise prática de tais problemas: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 403-407.
- (7) BADARÓ, *Processo penal* cit., p. 408.
- (8) Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, item XVII.
- (9) BUENO, José Pimenta. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 5 ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1922. n. 107, p. 82.
- (10) Nesse sentido: BLOOM, Robert; BRODIN, Mark. *Constitutional criminal procedure: examples and explanations*. Boston: Little Brown and Company, 1992. p. 167-169.
- (11) Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (org.). *As reformas no processo penal*: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: RT, 2008. p. 276-270.
- (12) 468 U.S. 897 (1984).
- (13) 480 U.S. 340 (1987).
- (14) 514 U.S. 1 (1995).
- (15) 129 S.Ct. 695 (2009).
- (16) Um resumo dos casos e uma análise crítica da *Good-Faith Exception* pode ser consultado em: Mark E. Cammack, The United States: the rise and fall of the constitutional exclusionary rule, in *The American Journal of Comparative Law* vol. 58, Supplement: Welcoming the World: U. S. National Reports to the XVIIIth International Congress of Comparative Law (2010), p. 631-658, especialmente p. 645-647.
- (17) 277 U.S. 438 (1928).

Gustavo Badaró

Livre-Docente, Doutor e Mestre em
Direito Processual Penal pela USP.

Professor Associado do Departamento de Direito Processual,
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Advogado Criminalista e Consultor Jurídico.

15. AJUSTES NAS NULIDADES

Anticorrupção ou corruptibilidade das formas?

Ricardo Jacobsen Gloeckner

Se, como afirma **Rui Cunha Martins**,⁽¹⁾ o processo é o microcosmo do Estado de Direito, a forma seria a espinha dorsal do processo penal. Com efeito, um processo despidido de formas, ou melhor, um processo no qual as formas desempenham meras funções acessórias ou laterais, corresponde à própria derrocada das funções exercidas pelo processo, assim como a decretação de sua falência como instituição (lembrando aqui das teorias que enxergam o processo como instituição, na esteira de **Fairén Guillén**, **Couture** etc.).

Não é de hoje que a forma processual vem sendo atacada, tanto doutrinária como jurisprudencialmente. No Brasil, em específico, encontramos uma dissociação tal entre as descrições doutrinárias e as formulações dos tribunais que seria possível, sem exagero, afirmarmos que nos encontramos em dois universos distintos, que operariam segundo parâmetros e racionalidades diversas. Uma das propostas legislativas encabeçadas pelo Ministério Público no tratamento da redução à corrupção, seria um “ajuste das nulidades”. De forma preliminar, o “ajuste das nulidades” encerra-se em uma proposta de mais largo espectro, batizada, na falta de melhores denominações, de “pacote anticorrupção”, “medidas anticorrupção” ou ainda, “medidas de combate à corrupção”. O primeiro e imenso problema já ocorre no plano linguístico. De fato, salta aos olhos a impropriedade terminológica (que, contudo, não se esgota neste ponto), utilizada pela legislação, pois o uso de termos como “anti”, “combate” etc., para além de operarem sob a rubrica maniqueísta de duas forças em colisão (o “nós” e o “eles”, que consoante **Baratta** alicerça um dos pilares da defesa social – princípio do bem e do mal), é sustentada por uma ideologia beligerante ou belicista, que inclusive destaca-se em outras leis, como no caso da Lei 11.343/2006 (*war on drugs*, *war on crime* etc.).

Dessa maneira, o primeiro risco, que poderia ser submetido ao escrutínio por meio de uma leitura criminológica crítica, corresponde ao fenômeno que **Prittitz**⁽²⁾ denominou como militarização Direito Penal. O segundo risco corresponde à própria transformação do processo penal em um dispositivo político criminal de *prima ratio*, isto é, convertido em um garantidor da eficiência do Direito Penal. Eis o problema específico que atravessa o corpo dos ajustes, mormente o das nulidades no processo penal. Uma concepção que percebe o processo penal como uma ferramenta exclusiva de aplicação do Direito Penal material (e que, evidentemente, pressupõe uma cisão completa entre direito material e processual, tributária do pensamento de **Bulow**) tão somente consegue vislumbrar a forma processual como obstáculo. Assim, tornar o processo penal mais “eficiente” requer, sobretudo, a transformação de alguns institutos processuais. Não é à toa que além do recurso à aceleração do processo⁽³⁾ (no mesmo projeto “anticorrupção” encontramos a proposta para o trânsito em julgado da sentença penal condenatória em segundo grau), advoga-se um princípio que se poderia denominar de “elasticidade ou contingencialidade das formas processuais” (cujo escopo é, em última instância, expurgar do ordenamento processual tanto as nulidades como a prova ilícita). Pretende-se abolir quaisquer consequências negativas do desrespeito à forma processual, o que acarretaria a modificação da própria natureza do ato jurídico processual (*fattispecie*). Os elementos dos atos processuais tornar-se-ão, caso implementadas tais medidas, meros “conselhos normativos” aos magistrados. Por isso, cumprir ou não a forma prescrita para o ato será mera contingência, uma vez que, como referido, a ausência de institutos garantidores contra o desrespeito à forma dos atos processuais tornará iníquo qualquer recurso a remédios processuais. O saneamento ou a convalidação automática desses atos será o corolário de um processo

penal que será orientado exclusivamente pelo “princípio da não dispersão probatória”,⁽⁴⁾ conjugado ao postulado do aproveitamento máximo dos atos processuais (tão ao gosto neoliberal que acaba por se confundir com o princípio da economia processual).

Antes mesmo de adentrarmos na análise do conteúdo trazido pelas reformas, não se pode esquecer de que o termo corrupção, tal como empregado pelos redatores dos conjuntos de medidas, constitui-se como uma via normativa para se garantir a corruptibilidade da forma processual. Em latim, a palavra corrupção advém de *corruptus*, participio do verbo *rumpere* (que significa romper, quebrar). Se, de fato, o termo corrupção admite emprego genérico e aberto, como aquele utilizado na confecção das “medidas” legislativas, a conclusão, portanto, é a de que para se acabar com a corrupção se deve aceitar outra modalidade: a corrupção das formas processuais.

Não é difícil perceber, no “ajuste das nulidades”, a retórica que concebe o processo penal como um mero mecanismo de aplicação da lei penal. A medida n. 7 trata do “ajuste das nulidades penais *contra a impunidade e a corrupção*” (grifo nosso).

A primeira modificação introduzida pela medida seria, na nova redação dada ao art. 563 do CPP, a fixação de uma espécie de princípio, erigido à categoria jurídica de dever: o do “máximo aproveitamento dos atos processuais”. O parágrafo único do mesmo artigo adverte que a decisão que decreta a nulidade do ato deverá ser fundamentada, inclusive, indicando o motivo pelo qual o magistrado deixou de aproveitar o ato.

A segunda modificação vem operada no art. 564, que cuida de abolir o rol de atos processuais nulos, apresentando uma forma mitigada do princípio da instrumentalidade das formas. O novo art. 564 disporia que todo ato que atingir a sua finalidade não será decretado nulo. No § 1.º do art. 564 o prejuízo será condição necessária para a decretação da nulidade. Por fim, no § 2.º do mesmo artigo consta que o prejuízo não poderá ser presumido, devendo a parte especificar o impacto que a prática irregular do ato trouxe para o contraditório e para a ampla defesa.

A terceira modificação encontra-se no art. 567, que trata da competência. Em suma, o novo artigo dispõe que os efeitos dos atos praticados perante juiz incompetente serão mantidos até a nova decisão proferida pelo juiz competente, da mesma forma no juízo cautelar, salvo “circunstâncias evidentes da incompetência, somadas à negligência do magistrado”.

A quarta modificação introduzida pelo projeto se dá no art. 570, que estabelece a preclusão das nulidades. Os defeitos da fase investigatória, da citação ou denúncia deverão ser julgados pelo magistrado, sob pena de preclusão, até a decisão que analisa a resposta à acusação; já, os vícios que ocorrem entre a decisão que analisa a resposta e a audiência de instrução deverão ser analisados até a abertura da respectiva audiência; no procedimento do júri, as nulidades ocorridas após a pronúncia deverão ser julgadas até o anúncio do julgamento; por fim, os vícios ocorridos na audiência, em plenário ou na sessão de julgamento, deverão ser arguidos e analisados imediatamente.

A quinta modificação, contida no art. 571, diz respeito novamente à preclusão. A nulidade deverá ser arguida na primeira oportunidade pelas partes. Além disso, o § 1.º afirma a inoperância da preclusão quando constatado justo impedimento para a arguição. O § 2.º afirma que, não obstante a preclusão, a parte poderá requerer a renovação do ato, interrompendo-se a prescrição, que será contada a partir do momento em que o ato deveria ter sido alegado.

A sexta modificação encontra-se no art. 572, que trata do saneamento das nulidades. Traz, como primeira causa, a preclusão e a segunda, a concordância implícita da parte através de ato comissivo ou omissivo).

A sétima modificação, insculpida no art. 573, trata da renovação dos atos decorrentes do não saneamento. No § 1.º, temos o princípio de causalidade, já conhecido do atual sistema (contaminação dos atos subsequentes); no § 2.º, a redação trata do “fracionamento da nulidade” concernente ao “mesmo ato processual”. O § 3.º, ao final, afirma que o juiz deve indicar os atos a serem refeitos, as circunstâncias impeditivas do aproveitamento dos atos, a análise de causalidade entre atos nulos originariamente e/ou derivados e demais providências para a repetição dos atos.

Quanto à primeira modificação, no *caput*, o art. 563 traz uma “nova” ordem principiológica: a de que todo ato processual deve ser aproveitado ao máximo. Tal dispositivo parece um excerto recortado do *Tratado da prova judiciária*, de **Bentham**, aplicado às nulidades. Esquece-se, contudo, que os atos processuais não podem (leia-se não devem) ser avaliados mediante uma análise de custos e benefícios – que em última instância é o

veter sub-reptício incrustado na formulação do artigo. Os atos processuais, preliminarmente, encontram-se orientados axiologicamente, o que já indica que não podem ser avaliados como se estivéssemos diante de dois interesses de natureza disponível e equivalentes. Na justificativa da medida, afirma-se que o “máximo aproveitamento dos atos” (que traz a nulidade como medida excepcional) é “praticamente unânime pela doutrina”. Dispensável citar-se diversas obras que opinam diversamente, não existindo o tal “panorama pacífico” sobre a excepcionalidade das nulidades.

Em seu parágrafo único, dispensável afirmar que toda decisão deverá ser motivada (art. 93, IX, da CF). Mas, em caso de descumprimento, o que sugerem os redatores? Uma declaração motivada que declara a nulidade de um ato (judicial) imotivado? O defeito da redação não para nisso. Se o juiz deve fundamentar apenas a declaração de nulidade – inclusive justificando-se por não ter “aproveitado” o ato processual –, isso significaria que a não declaração de nulidade não precisa ser fundamentada? Uma vez mais, a péssima técnica empregada.

A segunda modificação sugerida é a alteração do regime do prejuízo. Em primeiro lugar, ocorre o nivelamento entre nulidade absoluta e relativa (apesar desta distinção ser inaplicável ao processo penal), já que todos os atos deverão demonstrar o prejuízo. Segundo, o prejuízo não seria mais presumido. Além, novamente, do recurso a uma categoria própria da economia (prejuízo), deve-se questionar: o prejuízo é uma categoria fática (que depende de prova, portanto) ou normativa? No primeiro caso, se o prejuízo é fático, o juízo de cassação é obstado pela Súmula 7 do STJ. No segundo, se normativo, o artigo exige prova sobre matéria de direito. Além do mais, a concepção injustificadamente estreita dos direitos e garantias fundamentais encontrada no projeto acaba por vincular o prejuízo apenas ao contraditório e à ampla defesa. Isso quer dizer, portanto, que se o juiz, exemplificativamente, aplica ao processo penal uma inversão da carga probatória, tem-se: (a) o ato é nulo independentemente do prejuízo?; ou (b) não havendo lesão direta ao contraditório e à ampla defesa, não teremos nulidades? A redação sugere que o conjunto de princípios e garantias fundamentais, no processo penal, se resumiria a tão somente dois: contraditório e ampla defesa, olvidando-se de todos os demais. Diga-se de passagem que esta circunstância, por si só, revela a inconsistência epistêmica do projeto.

A terceira modificação pretende criar uma nova figura jurídica: aquela do ato inválido e eficaz. Assim, teríamos uma operação de “estabilização do ato processual”, que somente poderá ser desfeita diante de novo julgamento. Contudo, se há a incompetência do magistrado, qualquer ato praticado carece de validade. Sem validade, o ato, como decorrência, não pode possuir efeito. Tal pirotecnia legislativa, inclusive, acaba produzindo uma injustificável metástase no instituto da competência, que perderia seu caráter de elemento da validade do ato processual. Esta transmutação do instituto da competência produziria, como resultado, a equiparação entre atos juridicamente válidos e inválidos (já que todos produziram efeitos *a priori*). Portanto, cria-se um limbo processual, no qual o ato inválido produz efeitos até o juiz “competente” cassar a decisão.

A quarta modificação, a exemplo da arguição do prejuízo, ratifica um processo penal composto unicamente de nulidades relativas (desconhecido em qualquer ordenamento processual penal ocidental), já que submete todas as irregularidades processuais ao instituto da preclusão. Novamente, de saltar aos olhos a precariedade técnica da redação, que prevê a preclusão (cuja natureza jurídica é a de uma sanção processual) tomando como destinatário o juiz (!). Assim, a declaração de nulidade estaria preclusa para o magistrado (!), que adquiriria, de acordo com a lei, um dever de atuação positiva, sendo o destinatário de uma sanção processual, cujos efeitos atingem as partes! Em outras palavras, o texto cria uma verdadeira condição impeditiva de ordem potestativa, a incidir sobre direitos alheios!

A quinta modificação, novamente fazendo menção à preclusão, cuida da criação de uma causa interruptiva da prescrição, cujo termo *a quo* seria justamente o momento preclusivo para a sua arguição, algo tampouco encontrado em ordenamentos alienígenas.

Por fim, a criação (também sem precedentes em outros ordenamentos jurídicos) do princípio do fracionamento da nulidade contido no art. 573, § 2.º, que subverte a estrutura jurídica das nulidades.

A proposta corresponde à tentativa de se criar um processo penal despidido de formas. A redação dessas medidas, neste ponto, conseguiu inclusive “avançar” relativamente ao expoente do pensamento autoritário no processo penal brasileiro, **Francisco Campos**. Enquanto na exposição de motivos do

CPP de 1941, as nulidades teriam sido “reduzidas àquele estrito mínimo”, homenagem que **Francisco Campos** faz a **Vincenzo Manzini**, a atual proposta visa à eliminação prática das nulidades. O que é proposto é, em analogia à obra de **Baudrillard**, um “simulacro de processo”, um processo penal mais autoritário do que o autoritarismo conseguiu imaginar...

Notas

- (1) CUNHA MARTINS, Rui. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013.
- (2) PRITTWITZ, Cornelius. *Sociedade de riesgo y derecho penal*. In: ZAPATERO, Luis Atoyo; NEUMANN, Ulfrid; MARTÍN, Adán Nieto (Coord.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

- (3) Apresentamos tais teses em GLOECKNER, Ricardo. *Risco e processo penal: uma análise desde os direitos fundamentais do acusado*. 2 ed. Salvador: JusPodium, 2015.
- (4) DOMINIONI, Oreste. *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione della prova*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, a. 40, n. 3, . p. 736-773, Milano, 1997.

Ricardo Jacobsen Gloeckner

Doutor em Direito Pela Universidade Federal do Paraná.

Coordenador da Especialização
em Ciências Penais da PUC-RS.

Professor do Programa de Pós-Graduação
em Ciências Criminais da PUC-RS.

17. PRISÃO PREVENTIVA

A ampliação das hipóteses de prisão preventiva: uma corrupção das conquistas civilizatórias

Rubens R. R. Casara

I – Introdução

Vive-se uma quadra histórica que conjuga o empobrecimento tanto da linguagem, típico dos momentos de fascistização (que se caracterizam pela ode à ignorância, o medo da liberdade e a aposta em soluções de força para os mais variados problemas) quanto do imaginário (instaurou-se um modelo de pensamento simplificador, incapaz de compreender a complexidade dos fenômenos, a partir de imagens binárias e bélicas) com um processo de mutação do simbólico, com a perda da importância dos limites ao exercício do poder e dos valores transcendentais (tais como “a dignidade da pessoa humana”, “os direitos fundamentais” etc.) em proveito do regime valorativo das mercadorias, de modo que nada (nem mesmo a ética ou os valores constitucionais) possa ser tido como mais importante do que a livre circulação das mercadorias, o desenvolvimento do espetáculo de imposição de penas, a implementação da visão de mundo de atores jurídicos ou a satisfação dos desejos/perversões da parcela da sociedade que detém o poder econômico e/ou político.

Por tudo isso, não causa surpresa o tratamento simplista conferido aos fenômenos da “violência” e da “corrupção”, bem como falhas na percepção da conexão entre esses dois dados da realidade. A violência, por exemplo, só é percebida em seu sentido vulgar, naquilo que **Žižek** chamou de “violência subjetiva”,⁽¹⁾ a violência de uma pessoa contra outra, o aspecto visível do fenômeno violência. Esquece-se de que, ao lado da violência vulgar, existe a violência estrutural/sistêmica (aquela que é consequência do funcionamento e das perversões dos sistemas econômico, político e, por evidente, do sistema de justiça) e a violência simbólica (a violência encarnada na linguagem, i.e., na imposição de um universo de sentido, muitas vezes condicionado por preconceitos, por pré-compreensões autoritárias).⁽²⁾ E o pior: não se enxerga que a violência visível é, em regra, produto de uma outra, oculta. Por desconhecer a conexão entre as diversas formas de violência, ações que, no plano do discurso oficial, direcionam-se à redução da violência ou da corrupção, no lugar de reduzir esses fenômenos, podem aumentá-los. E fazem isso, por exemplo, ao manter prisões desnecessárias. O mesmo se dá em relação ao fenômeno corrupção. Corrupção, por definição, é a violação dos padrões normativos do sistema. Não raro, com a boa intenção (a mesma que enche o inferno) de “combater a corrupção” do sistema político, acaba-se por corromper o sistema de justiça e mesmo as bases democráticas. Pense-se, por exemplo, no paradoxo que seria uma campanha, paga com dinheiro público, com o objetivo de recolher assinaturas para um projeto de lei de iniciativa “popular”, na qual se pede para “quem for contra a corrupção” assinar o documento, isso sem que os signatários sejam informados do conteúdo do projeto, das repercussões constitucionais, sociais ou mesmo

econômicas das medidas propostas e, em especial, dos reflexos do projeto no campo das liberdades públicas: sem o necessário debate público, pautado por informações corretas e dados confiáveis, um projeto como esse corrompe-se em instrumento de manipulação da população. Pense-se, também, na violência sistêmica que a ampliação das hipóteses de prisão preventiva para o “combate à corrupção” causaria, levando-se em consideração o quadro de hiperencarceramento já existente e diante da constatação de que “para combater a corrupção seriamente é preciso antes melhorar o sistema institucional de controle porque o Direito Penal sempre chega tarde, quando o dano já está feito. É como dizer que punindo o genocida, evita-se o genocídio. É justo punir o genocida e o corrupto, mas não vai prevenir a corrupção nem evitar o genocídio. É mentira dizer que a corrupção vai ser derrotada com o Direito Penal”.⁽³⁾

II – A corrupção do instituto da “prisão cautelar”

Os direitos fundamentais, antes entendidos como trunfos civilizatórios contra maiorias de ocasião e limites intransponíveis às perversões inquisitoriais, passaram a ser percebidos pela população em geral, e pelos atores jurídicos em particular, como obstáculos à eficiência repressiva do Estado. Esse fenômeno possui múltiplas causas e não pode ser explicado unicamente pela evidente adesão do Poder Judiciário, que deveria evitar a opressão estatal e assegurar os direitos fundamentais, ao mais rasteiro populismo penal. No que se refere à prisão cautelar, as distorções ligam-se, em grande parte, à pré-compreensão acerca das ideias de liberdade e de punição, da fé que o intérprete deposita no sistema de justiça criminal e, em especial, na restrição da liberdade. No Brasil, essa disciplina é gravemente afetada por um repertório de elementos culturais desassociados do projeto democratizante encartado na Constituição da República, significantes que se projetam no tempo e repercutem na formação de um *imaginário autoritário*, de uma cultura que acredita no uso da força. Há, em outras palavras, uma tradição autoritária que condiciona a forma como a prisão é percebida e aplicada, como ela é privilegiada enquanto a liberdade passa a ser afastada no dia-a-dia sem maiores constrangimentos. Pode-se, sem exagero, falar que há em diversos atores jurídicos um pouco de **Eichmann**, uma vez que se omitem de julgar/pensar, condicionados a reproduzir burocraticamente suas crenças (dentre elas, destaca-se a fé na “prisão”) sem reflexão ou mesmo consciência dos efeitos de seus atos.

De fato, a prisão para ser encarada com seriedade deve ser percebida como a manifestação mais grave de ingerência estatal na liberdade das pessoas e compreendida à luz da dinâmica da reprodução social e de suas contradições. A prisão deve ser tida como uma das derivações da forma-

mercadoria instauradas no capitalismo, isso para contribuir à superação de uma visão metafísica, legitimadora e idealizada do cárcere.

A prisão cautelar, que se mostra compatível com a dimensão de tratamento que se extrai do princípio constitucional da presunção de inocência, é uma medida provisória e excepcional de natureza assecuratória tanto do processo de conhecimento penal (que visa a reconstrução histórica dos fatos atribuídos aos acusados e, eventual, imposição de resposta estatal) quanto da execução penal (o procedimento tendente à concretização da pena já aplicada em atenção ao devido processo legal). A medida cautelar de privação da liberdade, portanto, só se justifica se imprescindível para o afastamento do risco processual previsto em lei como apto a justificar a constrição excepcional (só é cabível a prisão cautelar se todas as demais medidas cautelares típicas se mostrarem insuficientes). No plano da dogmática processual penal, pode-se afirmar que a prisão cautelar, que independe de efetiva condenação, não tem como finalidade punir a pessoa a quem se atribui a prática de um determinado delito, nem tem como fundamento os fins atribuídos à pena (retribuição, prevenção geral ou prevenção especial). Ao contrário, a prisão cautelar tem por objetivo “a eficácia e eficiência do procedimento, e da sentença que o conclui”.⁽⁴⁾ Como ensinava **Frederico Marques**, “as providências cautelares possuem caráter instrumental: constituem meio e modo de garantir-se o resultado da tutela jurisdicional a ser obtida por meio do processo”.⁽⁵⁾

Todavia, a partir da perspectiva do indivíduo que é posto no cárcere, bem como ao se analisar o direito que é afastado pela imposição da prisão (o direito à liberdade de locomoção), não há diferença substancial entre a prisão-pena e a prisão cautelar.⁽⁶⁾ **Zaffaroni**, com precisão, anota que “a pessoa que permanece na prisão dois ou três anos considerará uma piada de mau gosto que se diga para ela não se preocupar, porque se trata só de uma medida cautelar”.⁽⁷⁾ Para **Zaffaroni**, a “expressão medida cautelar – tomada do processo civil – é um claro eufemismo, que sempre é uma forma de linguagem encobridora, própria de todo poder punitivo de modelo inquisitorial; (...) Nós escondemos a pena sem condenação como medida cautelar”.⁽⁸⁾ Condenada ou absolvida, a pessoa que foi submetida ao encarceramento cautelar, para além do tempo em que teve sua liberdade afastada, carregará um estigma.

No ambiente inquisitorial, no qual o imputado era visto como objeto de investigação, um “animal que confessa”, a custódia era parte do instrumental voltado a se obter a confissão: um “expediente instrutório”. Como explica **Franco Cordero**, o processo inquisitório, que envolvia até sessões de tortura, exigia largas pausas em que os imputados, colocados em cárceres, fragilizados tanto pelos atos impostos a eles quanto pela espera, eram “comodamente manipulados: expediente instrutório, esta detenção ou custódia é um instrumento do ofício: em um ambiente normal, o investigado não confessaria”.⁽⁹⁾ Ainda hoje, a prisão cautelar, por vezes ilegal, por vezes desnecessária, é utilizada para fragilizar o imputado na busca por uma confissão ou delação que facilite o trabalho dos órgãos encarregados da persecução penal.

A tradição brasileira é forjada a partir de premissas inquisitoriais: a crença na “verdade real”, a gestão das provas na mão do juiz, cláusulas abertas a autorizar prisões provisórias, a crença no juiz-inquisidor como “salvador da pátria”, por exemplo, são sintoma da adesão a um modelo autoritário de processo penal voltado a moldar almas e controlar corpos.⁽¹⁰⁾ Registre-se que a prisão no curso do processo favorece essa “manipulação da alma”, na medida em que o indivíduo preso torna-se irreconhecível, fragilizado, em relação ao que era fora do cárcere.⁽¹¹⁾

No Brasil, o atual tratamento legal conferido à prisão preventiva, a prisão cautelar por excelência, já é muito ruim: revela-se casuístico em diversas passagens, apresenta uma regulamentação do instituto em termos ambíguos, com textos fluídos/abertos (que favorecem decisionismos e perversões inquisitoriais). Mas, o que já é ruim, pode se tornar pior se vier a ser aprovada a ampliação das hipóteses de prisões preventivas, com a incorporação da “prisão preventiva para evitar dissipação do dinheiro desviado”, um dos itens do plano de combate à corrupção esgrimado por membros do Ministério Público Federal, que conta com a simpatia de setores da sociedade, que desconsideram a importância de conter o poder penal e resguardar os direitos e garantias fundamentais.

A pretendida alteração do art. 312 do Código de Processo Penal, com a inclusão da autorização para decretar uma prisão com o objetivo de “permitir

a identificação e a localização do produto e proveito do crime, ou seu equivalente, e assegurar sua devolução, ou para evitar que sejam utilizados para financiar a fuga ou a defesa do investigado ou acusado, quando as medidas cautelares reais forem ineficazes ou insuficientes ou enquanto estiverem sendo implementadas” revela-se, para além da péssima redação sugerida para o dispositivo legal, em oposição ao projeto constitucional que consagra o princípio da presunção de inocência e, ao mesmo tempo, retoma a perspectiva pré-kantiana que naturalizava a instrumentalização da pessoa para os mais variados fins, inclusive econômicos. Curioso, nesse particular, a leitura da “justificativa” do anteprojeto: uma confissão de culpa ao gosto freudiano (ao afirmar que “não se trata de impor algum tipo de prisão por dívida, ainda que por meios transversos”, os autores da justificativa admitem o que pretendiam esconder).

A prisão pretendida pelos ideólogos do combate à corrupção não tem natureza cautelar (e, portanto, mostra-se incompatível com o princípio da presunção de inocência). Ou seja, não tem função assecuratória da cognição ou da execução penal. Pretende, ao contrário, identificar, localizar e assegurar a devolução do “produto e proveito do crime”, ou “seu equivalente”. Prender-se-á, nessa hipótese, por dinheiro, ou melhor, prender-se-á uma pessoa que não se sabe se é culpada para se obter dinheiro ou bens, que ainda não se sabe se têm alguma relação com um fato, que, também, não se sabe ainda se é um crime. Tem-se, pois, uma fantasia delirante de que a hipótese formulada pelo acusador (em regra, o Ministério Público) é verdadeira e irá se confirmar após o trânsito em julgado da sentença (não obstante, a realidade demonstrar que, desde a investigação preliminar, a persecução penal é dada a inúmeros equívocos), a ponto de justificar a colocação de pessoas em jaulas.

Mas, não é só. Pretende-se criar, também, a autorização para prender uma pessoa para evitar que ela utilize “o produto e proveito do crime” (crime que não passa de uma hipótese) para financiar a fuga ou a defesa (defesa que é uma necessidade presente e concreta) do imputado. Dificulta-se a defesa técnica a partir da presunção de que os bens do imputado são produtos de crime “ou seu equivalente”. Mais uma vez, os ideólogos do combate à corrupção esqueceram que, em matéria penal, não se pode presumir contra o imputado e, o que é prior, obstacularizar a ampla defesa em razão dessa presunção.

Note-se que, segundo a redação do anteprojeto, a prisão poderá ser imposta “quando as medidas cautelares reais forem ineficazes ou insuficientes ou enquanto estiverem sendo implementadas”. Por evidente, as medidas cautelares reais são os meios proporcionais-adequados à finalidade de assegurar a devolução do produto do crime ou de seu equivalente, isso em razão da necessidade de menor ingerência possível em relação ao direito de liberdade. Quando as medidas cautelares reais não seriam adequadas? Em princípio, nas situações em que os bens não fossem encontrados. A proposta elaborada pelos ideólogos do combate à corrupção, nesse particular, abre a possibilidade de que a liberdade do imputado acabe suprimida como forma de coação para que o mesmo indique a localização de bens, confesse ou delate outras pessoas, tudo de acordo com a lógica inquisitorial de controle das almas e instrumentalização dos corpos.⁽¹²⁾

III – Conclusão

Em que pese a boa intenção dos autores do plano de combate à corrupção que se pretende ver apresentado como projeto de lei de iniciativa popular, consta-se que eventual ampliação das hipóteses de prisão preventiva para incluir a autorização do encarceramento com o objetivo (estranho ao fim de assegurar a efetividade do processo de conhecimento ou a execução penal) de identificar, localizar e assegurar a devolução do produto de um crime ou de seu equivalente, representaria um retrocesso civilizatório. A proposta traz em si a negação da concepção kantiana de que o ser humano é posto como o centro de todos os sistemas e construções teóricas, na qual a liberdade passa a ser representada como o fundamento da existência humana. Se o ser humano é um fim em si mesmo e nunca pode ser instrumentalizado, a liberdade é um valor/direito único, que compete a todo indivíduo pelo simples fato de sua humanidade. A liberdade não pode ser afastada em desacordo com o projeto constitucional de vida digna para todos, mesmo que a pretexto de combater a corrupção, caso contrário ter-se-ia a corrupção do sistema de garantias fundamentais e a ampliação da violência sistêmica/estrutural encarnada no hiperencarceramento desnecessário.

Notas

- (1) ŽIŽEK, Slavoj. *Violência*. Trad. Miguel Serras Pereira. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 17.
- (2) Idem, ibidem, p. 17.
- (3) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Entrevista ao Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-01/entrevista-raul-zaffaroni-jurista-ministro-aposentado-argentino>>.
- (4) MAIER, Julio B J. *Derecho procesal penal: III parte general: actos procesales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2011. p. 377..
- (5) MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1988. vol. IV, p. 31.
- (6) Nesse sentido, por todos: MAIER, Julio B J. *Derecho procesal penal: III parte general: actos procesales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2011. p. 379.
- (7) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La cuestión criminal*. Buenos Aires, Planeta, 2012. p. 313.

- (8) Idem, ibidem.
- (9) CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 393.
- (10) Idem, ibidem, p. 392.
- (11) Idem, p. 392.
- (12) Nesse sentido: CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milano: Giuffrè, 2006. p. 393.

Rubens R. R. Casara

Doutor em Direito.

Mestre em Ciências Penais e Coordenador de Processo Penal
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Juiz de Direito do TJRJ.

19. CONFISCO ALARGADO

Reflexões sobre confisco alargado

Juarez Cirino dos Santos e June Cirino dos Santos

1. Introdução

O Ministério Público Federal propôs um pacote de 10 Projetos de Leis de natureza penal e processual penal, todos concebidos na perspectiva de uma política criminal repressivo-populista, difundidos nos meios de comunicação sob o atraente rótulo geral de “medidas contra a corrupção” e apresentados sob as seguintes denominações: 1) investimento em prevenção – um projeto que institui regras de *accountability* para Tribunais e Ministério Público, supondo que o controle estatístico de produtividade teria efeitos no desempenho efetivo da justiça penal; 2) criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos e proteção à fonte de informação – como se a lei penal não punisse com rigor o peculato, a concussão, a corrupção e outros tipos legais, sem qualquer eficácia de prevenção geral ou especial, ou como se o novo sistema de delação protegida não contivesse ameaças reais e potenciais à dignidade humana e à democracia; 3) ampliação da pena da corrupção, promovida a crime hediondo conforme o valor da vantagem indevida exigida ou recebida – como se a gravidade da pena ou a estigmatização jurídica suplementar tivessem real influência sobre a criminalidade; 4) aperfeiçoamento do sistema recursal penal – como se a redução de recursos, a absurda desnaturação do *habeas corpus* e a inadmissível execução provisória da pena não destruíssem conquistas fundamentais da civilização contra o cego poder punitivo do Estado; 5) maior eficiência da ação de improbidade administrativa – como se a agilização da ação de improbidade não ameaçasse ou solapasse direitos do acusado, ou os acordos de leniência não fossem mecanismos que transformam inocentes em culpados pelo medo irracional de danos pessoais maiores; 6) ajustes na prescrição penal contra a impunidade e a corrupção – como se a prescrição penal não fosse conquista universal de pacificação social pelo decurso do tempo, mas fator de impunidade no país mais punitivo do mundo, ou aríete da corrupção do agente público, um problema da cultura e da subcultura individualista do capitalismo neoliberal; 7) ajustes nas nulidades penais contra a impunidade e a corrupção (o velho refrão do discurso populista) – como se as nulidades penais não garantissem direitos fundamentais violados pelo Estado autoritário, cujo poder punitivo é ampliado com a relativização das provas ilícitas, seja pela exigência de demonstrar causalidades complexas (entre provas ilícitas e derivadas), seja pela boa-fé do funcionário produtor da prova ilícita, seja pela convalidação dessa prova por sistemas de preclusão, ou pelo dever de aproveitamento judicial dos atos processuais etc.; 8) responsabilização dos partidos políticos e criminalização do “caixa 2” – como se os partidos políticos fossem o motor da corrupção – e não a ideologia individualista das instituições políticas do Estado capitalista –, ou como se fosse possível reduzir a criminalidade pela “criminalização” de registros contábeis paralelos; 9) prisão preventiva para evitar dissipação do dinheiro público – como se houvesse relação entre prisão e sangria dos cofres públicos, ou como se a prisão preventiva tivesse efeitos de prevenção geral e especial que a prisão definitiva não tem, em qualquer tempo ou lugar; 10) por último, o confisco alargado, por medidas

de recuperação do lucro derivado do crime – como se essas medidas não existissem sob a forma de efeitos da condenação, genéricos e específicos, na legislação penal, das quais passamos a tratar.

2. A dogmática do confisco alargado

O anteprojeto do Ministério Público Federal sobre **confisco alargado** introduz o art. 91-A no Capítulo VI (Dos efeitos da condenação), do Código Penal, com as disposições abaixo indicadas.

2.1 Os crimes determinantes da perda patrimonial

O art. 1.º do anteprojeto do MPF determina a perda em favor da União da diferença de valor entre (a) o total do patrimônio do agente e (b) o patrimônio demonstrado como produto de rendimentos lícitos ou de fontes legítimas, pelo agente, nas hipóteses de condenação pelos seguintes crimes: (a) tráfico de drogas; (b) comércio ilegal ou tráfico internacional de armas; (c) tráfico de influência; (d) corrupção ativa e passiva; (e) crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores definidos no art. 1.º do Decreto-lei 201/1967; (f) peculato doloso; (g) inserção de dados falsos em sistema de informação; (h) concussão; (i) excesso de exação qualificado pela apropriação; (j) facilitação de contrabando ou descaminho; (k) enriquecimento ilícito; (l) lavagem de dinheiro; (m) associação criminosa; (n) organização criminosa; (o) estelionato em prejuízo do Erário ou de entes de previdência; (p) prática organizada dos crimes de contrabando e descaminho, receptação, lenocínio e tráfico de pessoas para fins de prostituição, moeda falsa.

2.2 O conceito de patrimônio

O § 1.º define patrimônio como o conjunto de bens, direitos e valores (a) sob domínio do condenado, ou controlados ou usufruídos pelo condenado, com poderes similares ao domínio, mesmo em nome de terceiros (pessoas físicas ou jurídicas), na data da investigação criminal ou civil, (b) transferidos para terceiros, de modo gratuito ou por valor irrisório, nos 5 (cinco) anos anteriores à instauração da investigação, (c) recebidos pelo condenado nos 5 (cinco) anos anteriores à instauração da investigação, ainda que desconhecido seu destino.

2.3 As medidas assecuratórias

O § 2.º prevê aplicação (a) de medidas assecuratórias e (b) de alienação antecipada dos bens, direitos ou valores para garantir a perda referida no art. 1.º do Anteprojeto.

2.4 O processo de execução da perda patrimonial

Após o trânsito em julgado da decisão, o processo de execução da perda patrimonial ocorre no próprio juízo criminal da sentença, na forma da legislação processual civil, por requerimento do Ministério Público demonstrando a existência de patrimônio incompatível com os rendimentos lícitos ou fontes legítimas do condenado (§ 3.º).

2.5 A defesa do condenado

É admitida ao condenado a possibilidade de demonstrar a inexistência da incompatibilidade indicada pelo Ministério Público ou a origem lícita dos ativos, apesar da incompatibilidade (§ 4.º).

2.6 Os direitos de terceiros

Finalmente, é excluída a perda ou constrição de bens, direitos ou valores do condenado reivindicados por terceiros, mediante comprovação da propriedade e origem lícita do direito.

Esse é o conteúdo dogmático-legal do anteprojeto do MPF instituindo o chamado *confisco alargado*.

3. Considerações político-criminais

As propostas legislativas do Ministério Público Federal apresentam, do ponto de vista político-criminal, uma concepção conservadora e autoritária do Sistema de Justiça Criminal. A ideologia neoliberal e a lógica de mercado que informam as propostas destacam a racionalidade de uma aparente modernização do sistema penal, mas escondem a realidade de uma radical burocratização e administrativização do poder punitivo do Estado capitalista, em prejuízo dos princípios políticos e dos direitos humanos garantidos pelo Estado Democrático de Direito.

4. O direito comparado

As justificações dos anteprojetos destacam que o Brasil é signatário de diversos documentos internacionais (a) que colocam o confisco alargado como diretriz de combate ao chamado crime organizado e (b) integram o País nas práticas de cooperação internacionais dirigidas pela máxima de que “o crime não deve compensar” – coisa que ninguém pode discutir.

Entretanto, a moderna criminologia nega natureza científica ao conceito de crime organizado, utilizado para legitimar o poder repressivo do Estado (a) ampliando o poder de polícia sobre a população e o próprio judiciário; (b) reduzindo complicações processuais pelas investigações sigilosas e o segredo de justiça; e (c) justificando as incompetências políticas na solução dos problemas reais do povo, sempre adiados pelo secular combate aos imaginários “inimigos internos” do Estado racista (hereges e bruxas, comunistas, judeus, negros, traficantes de drogas etc.).

Além disso – e neste caso somos compelidos a dizer – a cantilena de modernização e integração no combate internacional ao crime organizado oculta, por exemplo: (a) no âmbito interno, a Constituição brasileira garante a propriedade (art. 5.º, XXII), que só pode ser expropriada por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa

indenização em dinheiro (art. 5.º, XXIV); (b) no plano internacional, a 5.ª Emenda à Constituição americana exige o *due process of law* para privação da propriedade (da vida e da liberdade), sobre a base do contraditório e da ampla defesa, além da absoluta proibição de provas obtidas por meios ilícitos.

5. Conflito entre legalidade e legitimidade

A perda para o Estado do produto ou de qualquer proveito do crime, prevista no art. 91, II, b, do Código Penal, é legítima pela relação causal provada entre crime e lucro, demonstrada pela autoria e materialidade do fato punível. Mas a hipótese de perda da diferença entre (a) o patrimônio total do condenado e (b) o patrimônio demonstrado, pelo condenado, como produto de rendimentos lícitos ou fontes legítimas, é fundado em presunção legal, porque inverte o ônus da prova, rompendo um princípio fundamental do processo penal: a prova dos fatos imputados pertence à acusação, incumbindo à defesa apenas criar uma dúvida razoável, obrigando à decisão segundo o princípio da presunção de inocência, expresso na máxima *in dubio pro reo*. Nessas condições, o anteprojeto introduz uma legalidade penal em conflito com a legitimidade jurídica da medida, em contradição com o princípio da presunção de inocência e seu corolário do *in dubio pro reo*, subvertendo a lógica da própria economia de mercado, segundo a qual se presume a licitude do patrimônio privado dos cidadãos, até prova em contrário produzida pelos órgãos do Estado, especialmente por meio do Ministério Público. Num país caracterizado pela cultura e pelo mercado informal de trabalho, em que a propriedade de coisas móveis é transferida pela simples tradição, a inversão do ônus da prova do Estado para o condenado, além de contrariar princípios do processo civil e, em especial, do processo penal, pode criar dificuldades ou obstáculos intransponíveis para o cidadão, especialmente quando está em jogo ou está privado de um bem maior: a liberdade.

6. Conclusão

A providencial iniciativa científica e político-criminal do IBCCRIM, de exame crítico das chamadas *Medidas contra a corrupção* propostas pelo Ministério Público Federal, introduz o princípio do contraditório no processo legislativo, estimulando abordagens dos anteprojetos de leis apresentadas segundo a perspectiva indispensável da *Defesa penal*, identificada com os mais legítimos interesses da população e capaz de evitar mudanças na legalidade penal e processual penal que atribuiriam *todo poder ao Ministério Público*!

Juarez Cirino dos Santos

Professor de Direito Penal da UFPR.

Presidente do ICPC – Instituto de Criminologia e Política Criminal.
Advogado Criminal

June Cirino dos Santos

Especialização em Direito Penal e Criminologia no ICPC.
Advogada criminal.

The presumption of innocence and the right to a fair trial in international law

Timothy Otty QC

This article addresses two substantive areas.

First the key case law of the European Court of Human Rights insofar as it applies to the presumption of innocence and the right to a fair trial more broadly, with a particular focus on the dangers associated with pre-trial detention and adverse pre-trial publicity.

Secondly how the principles work in practice as illustrated by an examination of how they have applied in two sets of proceedings in which I have been involved in different international and domestic jurisdictions in recent years: the case of the Kurdish leader Abdullah Ocalan against Turkey in the European Court of Human Rights,⁽¹⁾ and the Guantanamo Bay litigation before the United States Supreme Court.⁽²⁾

Each case in its own way illustrates the particular challenges presented by high profile litigation. They also demonstrate how it is often in the most difficult and sensitive contexts that the Courts in any properly functioning democratic state have a particular obligation to act as guardians of the rule of law and fundamental rights.

As the cases referred to show that role is perhaps particularly acutely required where those on trial or the causes they represent are for one reason or another unpopular with the majority of the public and the press.

But before all of that, some history.

No English lawyer writing about fair trial rights in 2015 can do so without at least marking an event of momentous significance in English legal history, and in the development of the Rule of Law across the world.

2015 is the 800th anniversary of Magna Carta and it is perhaps worth pausing briefly to reflect on the fundamental principles established by that instrument so long ago.

With the exception of the Bible this short document has been cited in more parliamentary, congressional and constitutional debates than any other text.

It has been invoked by liberation movements across the world including those directed against the British Empire in India and the apartheid regime in South Africa.

And whatever its oddities and unsavoury aspects – amongst its less celebrated clauses it proposed forced repatriation of migrants and barred Jews from commercial enterprise – it contains two provisions in Clauses 29 and 40 of profound and lasting resonance.

Clause 29 provides that “*No free man will be taken or imprisoned or [dispossessed] or outlawed or exiled or in any way ruined, nor shall we go or send against him, save by the lawful judgment of his peers and / or by the law of the land.*”

And Clause 40 states that “*To no one shall we sell, to no one shall we deny or delay right of justice.*”

In those two short sentences are the seeds of the rule of law, the right to a fair trial and the right to liberty and the protection of habeas corpus as we understand them today.

Both provisions remain in force in English law eight centuries on and there can be little doubt as to the profound influence they have had on constitutions and the protection of liberty across the globe, even if their authors could not have conceived of that at the time of their parochial dispute with King John.

As explained below Magna Carta has continuing and direct relevance today. It was one of the first authorities cited in the United States Supreme Court challenges to the Guantanamo Bay detentions and, together with the constitutional instruments which it has inspired, it represents a first line of defence to an overreaching State in times of national crisis of whatever nature.

Judge Goldstone of the South African Constitutional Court has recently summarised Magna Carta’s significance in the following way:

“The role of the rule of law in democracies can hardly be overstated. As we have seen, in leading democracies it has been violated from time to time, especially in times of actual or perceived threats to the nation. The need for vigilance by the legislature and civil society cannot be overstated.

No leader of a democratic state, and few even of oppressive societies, has publicly renounced the centrality of the principles of the rule of law. Their adherence to the doctrine is a deterrent to wider violations and is tribute to the endurance of the concept. For all people who support a democratic form of government there is much to celebrate in 2015 on Magna Carta’s eight hundredth anniversary”.⁽³⁾

So much for the history lesson, and the origins of the rule of law, what of the more modern human instrument the European Convention of Human Rights?

The Convention was drafted in the aftermath of the Second World War and it now applies across the whole of the Council of Europe.

The Council includes 47 States and, remarkably, each one of the 820 million citizens and residents of those States have a right of individual petition to the European Court of Human Rights if they allege that their rights

under the Convention have been violated.

Although an international body charged principally with the grant of declaratory relief the Court also has a very significant remedial jurisdiction.

For present purposes the focus is on just one of the many significant areas regulated by the Convention and subject to the jurisdiction of the Court, the right to a fair trial and, within that, to the presumption of innocence.

These rights are each guaranteed by Article 6 of the European Convention.

Article 6.1 provides that “*In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law*”.

And Article 6.2 provides that “*Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law*”.

There is nothing very surprising about either statement taken at such a high level of generality.

What is of perhaps greater significance is how, on a case by case basis these overarching guarantees have come to be interpreted.

This article will highlight five core principles relating to the presumption of innocence, and then say something about the related fair trial implications of pre-trial detention.

The presumption of innocence first and the five core principles.

First and most obviously the principle of the presumption of innocence requires that when carrying out their duties the members of a trial court should not have, and should not be perceived as having, any preconceived idea that the individual defendant has committed the offence charged.

So in the case of *Lavents v Latvia*⁽⁴⁾ a violation of the Convention was found as a result of a judge, at a press conference held before the conclusion of a trial, commenting that she had not decided whether to convict or partially acquit a defendant. This was held to violate Article 6(2) as, unsurprisingly, was the Judge’s suggestion that the defendant should prove his innocence.

The case of *Lavents* also illustrates the dangers of both judicial officers and other high public officials being drawn into inappropriate comment as a result of the high profile of a case, the extent of damage caused to the wider public by the matters in issue and the consequent unpopularity of the defendant suspect.

Mr Lavents was the Chairman of Latvia’s largest bank. The Bank had collapsed causing severe damage to the national economy and the financial ruin of hundreds of thousands of people. Mr Lavents was accused of fraudulently seeking to create the impression of a prosperous and stable bank and he was, in consequence, not a popular man.

Mr Lavents’ bail terms were amended and relaxed after he suffered a heart attack and the Prime Minister and the Minister of Justice both made public statements expressing disagreement with this course of action. The next day the trial panel resigned citing “pressure from the Government and the public”.

The replacement presiding judge went on to make a series of statements of the kind described above, criticising the conduct of defence counsel and alluding to the outcome of the trial. She also expressed her surprise that the applicant was persisting in denying the charges against him and called on him to prove his innocence. Mr Lavents was convicted and sentenced to 9 years in prison. The European Court held that he had been unlawfully deprived of his liberty and that there had been a violation of the presumption of innocence.

In *Lavents* the focus of the Court in finding a violation of the Convention was on the trial judge’s comments but a violation could equally well have been founded on the observations of the Prime Minister and the Minister of Justice.

This analysis leads to the second key principle. The presumption of innocence is binding not only on the court before which a person is charged but on other state organs too.

The term “public official” is a wide and flexible term in this respect and extends to any well-known or public figure making statements about an accused person. So in *Allenet de Ribemont v France*⁽⁵⁾ the Applicant was described by police officers as being the instigator of the crime under investigation and the Court rejected France’s argument that Article 6(2)

applied only to the judicial authority in the context of criminal proceedings ending in a conviction.

Likewise in *Konstas v Greece*⁽⁶⁾ the European Court found a violation of the Convention when, during pending appeals against fraud convictions, government ministers – including the Minister of Justice – made statements to parliament impugning the defendants as “crooks”. The Court held that these remarks offended the presumption of innocence and underlined the need for discretion and restraint, particularly by a Minister of Justice.

The third key principle is related to this. It is that where adverse comments appear in the press this may adversely affect the overall fairness of the trial under Article 6(1) as well as raising issues under Article 6(2) and leading to a conclusion that the entitlement to the presumption of innocence is violated regardless of the outcome of the proceedings. This will be particularly so where the press coverage could be regarded as inspired by, and thus under the responsibility of, the authorities.

The fourth principle is that an investigator carrying out a pre-trial investigation into alleged offences may also activate the application of Article 6(2). This has been shown by a case where an investigator was found to have conducted a blatantly partial and one-sided inquiry with preconceived opinions of those under investigation. Likewise unfairness on the part of the police responsible for an investigation may be sufficient to give rise to a violation of the right to a fair trial in Article 6(1). It is important here to emphasise that the right to a fair trial begins from the moment and individual is arrested.

The fifth principle is that while it may be possible for breaches of the presumption of innocence to be cured by a superior court in the event of acquittal or termination of the proceedings, in some cases even this will not be sufficient. On occasion a breach of the right can be so gross and cause such irremediable damage that it will distort the proceedings and render cure impossible. An individual or a business can have their reputation and livelihood irreparably damaged if press coverage of an unbalanced and prejudicial nature is permitted to proceed unchecked for a lengthy period.

Similar concerns arise as a result of excessive pre-trial detention and there are a series of well-established principles recognised across both international and comparative law.

First the importance of the liberty interest and the presumption of innocence are such that fundamental principle regards pre-trial detention as offensive to the rule of law.

Secondly such detention should accordingly only be permitted if strictly necessary and based upon legitimate aims related to the administration of justice; and the power to detain must accordingly be exercised in a manner which is proportionate and fair.

Thirdly that requirement for proportionality and fairness will place a particular burden on courts to facilitate expeditious access to court to allow challenge to any detention and then to scrutinise strictly the justifications advanced for detention by the State.

Fourthly it can never be a lawful and sufficient justification for detention merely that the offence under investigation is serious or that there is a desire to use such detention to place pressure on a suspect to provide co-operation to the investigating authorities whether through the provision of evidence or the entry into plea bargain agreements.

Fifthly the concerns flowing from pre-trial detention will be increased if it occurs in a context of unregulated and prejudicial press statements and commentary.

And sixthly and critically the burden of proof in justifying detention will always rest on the State. The operative presumption is always in favour of freedom and so if there is doubt as to the outcome release of the detainee must follow immediately.⁽⁷⁾

Whether a detention is defended on the basis of a risk of interference with evidence, the risk of offending or the danger of absconding a common theme is present throughout. Specific and concrete evidence of facts justifying the contentions advanced by the State is required. It will not be enough for the State to defend a detention by reference to generality or stereotype and less severe alternatives to detention must always be fully

and rigorously considered both by the detaining authorities and by the reviewing Court.

As to process and the need for special diligence in determining challenges under both the Convention and the ancient principles developed in common law and civil law jurisdictions in relation to the remedy of habeas corpus, time is of the essence. Liberty is prized as perhaps the most significant of all human rights – because unless it is guaranteed no other rights can be protected – and it is afforded commensurate protection.

Each element of these principles is illustrated by the two sets of proceedings referred to at the start of this article: the case of *Abdullah Ocalan v Turkey* and the Guantanamo Bay litigation. Each in their own way illustrates the importance of the principles just discussed, what they look like in action and the fundamental role of the domestic or international courts in seeking to uphold them.

Ocalan v Turkey.

In the early 1990s a major internal conflict raged in the South East of Turkey. Atrocities were reportedly committed on both sides by the Kurdish group the PKK led by Abdullah Ocalan from his base in Syria and by the Turkish military.

Caught in between were ordinary Kurdish villagers. Villages were destroyed, young men and women including defence lawyers, local politicians, journalists and simple farmers were arbitrarily detained and tortured. Others disappeared. A state of emergency was declared and those fortunate enough to be charged and to face a criminal process as opposed to extra-judicial sanction faced trial before military courts. Up to 30,000 people were estimated to have died in the conflict and such was the sensitivity of the issue of Kurdish rights that it was illegal even to speak the Kurdish language.

When, in 1999, the Kurdish leader Abdullah Ocalan was captured I was among the team of international lawyers asked to act on his behalf before the European Court of Human Rights. In the pre-9/11 world the facts of Ocalan's case were extraordinary. He was forced to flee his hideout in Syria as a result of Turkish and American pressure on the Assad regime and after an odyssey taking him as far afield as Moscow, Corfu and Italy he sought refuge at the Greek Embassy in Nairobi.

He was located there by CIA satellite and then the subject of what would prove to be the first of many rendition operations which would follow in the years to come. He was denied any access to Court in Kenya, drugged, blindfolded and placed on a private jet back to Turkey.

Once there he was taken to the prison island of Imrali and within months he had been tried and sentenced to death. The political and media climate in Turkey was feverish and hysterical. Mobs danced on the streets brandishing nooses. Those domestic lawyers brave enough to act for Ocalan faced serious physical intimidation and the domestic Courts failed utterly to ensure that he had adequate defence facilities. No confidential visits with lawyers were permitted and all meetings that did occur were recorded. Access to Imrali island was severely restricted as was access to the case file and for much of the proceedings a military judge sat on the panel despite previous Strasbourg rulings showing such an arrangement to breach the right to a fair trial before an impartial tribunal as guaranteed by Article 6.

After a long battle before the European Court Mr Ocalan's rights were substantially upheld. The death penalty imposed upon him was ruled unlawful, the trial he faced was held to be substantively unfair and the prison conditions he faced were held to breach the minimum standards prohibiting inhuman and degrading treatment.

For present purposes what is of relevance to note is the Article 6 issues that the lack of proper confidential access to counsel and the climate of media hysteria gave rise to and the particular challenge that the profile of the case presented for Turkey's judicial authorities. That was a challenge they regrettably failed but it was one which the European Court met.

Finally then to perhaps the most egregious test for the rule of law in a

democratic state in modern times: Guantanamo.

The response of the United States to the terrorist attacks of September 11 2001 was ungoverned by any principled adherence to the rule of law. The length of time which it took for the United States Courts to assert their role in correcting this course is a matter of as much deep regret as their eventual approach was a matter of profound relief and celebration. The fact that the Courts ultimately did rein in the Executive again illustrates the critical role they can and must play even where the gravest crisis has struck.

The collective sense of shock the events of 9/11 gave rise to was extraordinary. The level of entirely justified outrage they produced would, however, have the disastrous consequence that values painstakingly developed and safeguarded for centuries being jettisoned.

At Guantanamo and elsewhere hundreds of men were detained without any access to lawyers or to court and were subjected to appalling forms of abuse only revealed to the watching world when exemplified by the horrifying pictures from Abu Ghraib and what would become known as the Torture papers.

Administration lawyers had crafted extraordinary legal opinions justifying any detainee treatment short of that causing organ failure or death as lawful and seeking to create a legal black hole at the Guantanamo Bay detention centre in which detainees could be held.⁽⁸⁾

Justice Stevens gave the leading judgment in *Rasul v Bush* the first of a trilogy of cases to reach the Supreme Court. Citing cases going back four centuries, and invoking Magna Carta, his judgment includes the following passage:

“Executive imprisonment has been considered oppressive and lawless since King John at Runnymede pledged that no free man should be imprisoned, dispossessed, outlawed or exiled save by the judgment of his peers or by the law of the land”.

In the last of the three cases to reach the Supreme Court – *Boumediene v Bush* – Justice Kennedy was also at pains to stress the historic nature of the litigation.

In one particularly compelling passage he traced the debates held at the New York Convention which ratified the Constitution in 1781, and quoted the following words from Alexander Hamilton:

“The practice of arbitrary imprisonments has been in all ages the favourite and most formidable instrument of tyranny.... To bereave a man of life ... or by violence to confiscate his estate without accusation or trial, would be so gross and notorious an act of despotism as must at once convey the alarm of tyranny throughout the whole nation; but confinement of the person, by secretly hurrying him to jail, where his sufferings are unknown or forgotten, is a less public, a less striking, and therefore a more dangerous engine of arbitrary government”.

In a short concurring judgment Justice Souter lamented the failure of the Courts to control the Executive’s conduct prior to that point and the critical nature of speed in the grant of habeas relief.

He had this to say:

“After six years of sustained executive detentions in Guantanamo, subject to habeas jurisdiction, but without any actual habeas scrutiny, today’s decision is no judicial victory, but an act of perseverance in trying to make habeas review, and the obligation of the courts to provide it, mean something of value, both to the prisoners and to the Nation”.

It is a bitter irony for a country with such a proud history as America that Guantanamo is likely to always be a reminder of how badly things can go wrong if the fundamental principles animating the rule of law are not respected in times of crisis, and if the Courts fail or delay in the discharge of their core obligation as the guardians of fundamental rights.

The common theme of these cases, and others like them, lies in the danger of what has been called legal exceptionalism. That exceptional times require exceptional measures, and that ordinary civil rights must be set aside.

In Turkey it was said that Abdullah Ocalan was “public enemy

number one” and so all necessary measures had to be taken against him. In Guantanamo it was said that the War on Terror meant centuries old principles should be dispensed with.

In each of these cases, however, a constitutional instrument or international treaty obligation would ultimately prevail and provide the right principled course forward: in relation to Ocalan it was the European Convention and in relation to Guantanamo it was the US Constitution.

The core message in each context was that however difficult the terrain certain fundamental principles cannot be breached.

As Justice Barak of the Supreme Court of Israel has said it is the destiny of democracy to fight with one hand tied behind its back but it will nevertheless always have the upper hand.⁽⁹⁾

As to the dangers of exceptionalism more broadly Justice Albie Sachs of the South African Constitutional Court has put the matter eloquently.

Justice Sachs was an ANC exile when himself the subject of an attempted assassination by South African security forces. Following the transition to democracy he became one of the judges of the new Constitutional Court. In a lecture he gave in 2006⁽¹⁰⁾ he spoke of the ever expanding nature of detention laws in apartheid era South Africa and said the following:

“When 90 days wasn’t enough, they needed 180 days [and then said] ‘but that’s not enough we need indefinite detention because they always exploit the fact that they know they can come out after a certain period’... That’s the problem with the exceptional. The exceptional becomes the normal and then it becomes too little and then you have to make it more exceptional and more exceptional and more exceptional. And the dagger aimed at the enemy in the end is plunged inwards, perforating the very character of your own society and rupturing precisely what it is supposed to defend”.

That it seems to me is the constant challenge to democracies facing situations of crisis or controversy. To step back from the fray, and the heat, and the noise and to have confidence in the fundamental notions of fairness underpinning any proper constitutional framework.

And central to that exercise is what represents the engine of the rule of law. The imperative need for a strong and independent legal profession capable of providing every citizen with their fundamental right of access to counsel and so of access to justice.

Footnote

- (1) *Ocalan v Turkey*, May 12 2005, 41 EHRR 45.
- (2) *Rasul v Bush* 542 US 466; *Boumediene v Bush* 553 US 723.
- (3) Vincent *supra* at p. 182.
- (4) November 28, 2002 ECtHR.
- (5) (1995) 20 EHRR 557.
- (6) May 24, 2001 ECtHR.
- (7) See *Brogan v UK* 11 EHRR 117; *Yagci v Turkey* May 16 RJD (1996); *Rohkline v Russia*, April 7 2005; *Letellier v France* 14 EHRR 83.
- (8) See eg *The Torture Papers, The Road to Abu Ghraib* (2005).
- (9) *Public Committee Against Torture v Israel* (1999).
- (10) SOAS Lecture March 2006, London.

Timothy Otty QC

Queens Counsel and member of the English Bar practising from London.

Ex-member of the Foreign Secretary’s Human Rights Advisory Group.

Visiting fellow or lecturer at Oxford University, the London School of Economics and Kings College.

IBCCCRIM

deseja a você

Boas Festas e um 2016

repleto de novas oportunidades!

QUE VENHAM MAIS 366 DIAS PARA ACREDITAR...



IBCCCRIM