

| EDITORIAL

O falso dilema entre literalismo e voluntarismo: um caso emblemático no STF

O artigo 403 do Código de Processo Penal não estabeleceu um tratamento diferenciado às alegações finais a ser acostadas pelo acusado não delator. Pudera. Quando de sua redação, ainda não existia a figura do réu delator. Uma lei nunca estabelece todas as hipóteses de aplicação. Isso é comecinho em hermenêutica. Não existem leis perfeitas. Cabe ao intérprete fazer um ajuste, um *fit*, como diria Dworkin.

Por vezes, os juristas caem em um falso dilema. Quando interessa, são “literalistas”. E em outras oportunidades, a literalidade nada vale, adotando, assim, uma postura voluntarista. Ora, é impossível manter literalismo sempre. E é impossível ignorar os limites formais de um texto.⁽¹⁾ Não é proibido aplicar uma lei literalmente, desde que haja respaldo constitucional para essa leitura. E não é proibido avançar em relação ao texto, que, por vezes, necessita ser adaptado à Constituição e aos princípios conformadores de garantias processuais, como foi o caso do artigo 403.

Aliás, para quem duvida desta afirmação, é recomendável a leitura da peça *Medida por Medida* de Shakespeare. Verá que Cláudio é condenado à morte a partir de uma interpretação literal, tacanha; e, depois, é libertado por um ato voluntarista, quando o juiz troca a lei por um ato sexual com a irmã do réu. Shakespeare, como um autêntico moderno, entendia muito bem de interpretação!

No Supremo Tribunal Federal, por ocasião da sustentação oral de Lenio Streck no caso da ADC 44, foi pedido aos ministros que votaram pela aplicação literal do artigo 403 do CPP, dias antes, que assim o fizessem em relação ao artigo 283, do mesmo CPP, com objetivo de deixar claro a complexidade do ato de interpretar o Direito.

Pois, no “caso das alegações finais de réu não delator”, o plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de 7 a 4, assentou que as alegações finais do réu delatado devem vir por último, isto é, de todo modo, devem vir depois das do réu delator. No fundo, fez-se uma interpretação-conforme-ao-devido-processo-legal e ao direito à ampla defesa, previstos no artigo 5º da Constituição Federal. Restou, no entanto, a discussão acerca dos efeitos.

Na verdade, tratando-se de direitos fundamentais (no caso, o STF já reconheceu que a ampla defesa

e o devido processo legal são dessa extirpe), não se pode falar em modulação ou outro nome que se dê à coisa.

Todavia, por 8 votos a 3, o STF decidiu, embora dizendo que não cabe modulação, deixar aberta a porta daquilo que disse não pretender fazer: a própria modulação, o que fez o ministro Lewandowski brincar com a questão, dizendo, como que a repetir Shakespeare, em Romeu e Julieta (a rosa perderia seu perfume se lhe mudassem o nome), “ainda que se chame a um gato de cachorro, ele não deixará de miar” e, sim, apenas de fixar uma tese. Na verdade, um tribunal julga. Não faz teses. Tribunal julga causas.

De todo modo, a decisão está tomada. Resta, agora, saber qual será o alcance da decisão. O fato - e fatos existem - é que o STF (já) *disse que se tratava de uma nulidade absoluta*, tanto é que anulou a decisão, ao conceder a ordem de *Habeas Corpus*. Porém, ronda o espectro da nulidade absoluta *versus* nulidade relativa. Para além de um espectro, trata-se de uma falsa dicotomia, sustentada no adágio *pás de nulité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo).

Ocorre que esse adágio não é princípio; esse adágio é anterior a Constituição; esse adágio vai contra a tese desenvolvida contemporaneamente de que uma nulidade do naipe de um direito fundamental (no caso, ampla defesa e devido processo legal) é sempre absoluta. Deve ser dada de ofício. O tribunal não dispõe da nulidade. Não é mensurável. Ela é! Simplesmente é. Presume-se o prejuízo.

Por isso, é preciso insistir: a decisão de concessão do *Habeas Corpus* fez uma leitura constitucionalmente adequada dos dispositivos do Código que tratam disso. Assim decidindo, o STF criou *jurisprudência no sentido da aplicação do devido processo legal substantivo (ampla defesa efetiva)*. Claro que isso tem consequências.

(i) Já não se pode simplesmente dizer que somente alguns réus devem ter o direito de ter a sentença anulada.

(ii) O direito ao devido processo legal *não depende e não pode depender de quem pedir*.

(iii) A concessão da garantia de ampla defesa

| Caderno de Doutrina

A última palavra é da defesa: o direito do acusado-delatado a se manifestar após as alegações finais do delator
Maria Elizabeth Queijo 2

Cronologia dos memoriais: retrato do autoritarismo da Lava Jato
Alberto Zacharias Toron 5

A mitigação dos efeitos recursais na apelação do tribunal do júri agravada pela proposta do Pacote Anticrime.
Otávio Lacerda de Paula Silva 8

Presumindo a ilicitude – uma análise da questão do enriquecimento ilícito no projeto de lei “anticrime”
Ludmila Carvalho Gaspar de Barros Bello e Luca Padovan Consiglio 11

Homo sacer e *Provocatio* no pacote anticrime
Mariella Pittari 13

O “segredo” da imparcialidade do juiz criminal
Paulo Saint Pastous Caleffi 16

Execução penal e discurso do ódio: a relativização de garantias e direitos fundamentais em estabelecimentos penais federais e breves comentários ao Projeto de Lei Anticrime
Luciano de Oliveira Souza Tourinho, Paloma Gurgel de Oliveira Cerqueira e Camila Miranda Vidigal 18

Subsídios para uma correta (não) aplicação do princípio da insignificância a casos de peculato
Gabriel Marson Junqueira 22

| Caderno de Jurisprudência

| CORTES INTERNACIONAIS E SUAS DECISÕES COMENTADAS

Promover direitos humanos no Brasil por intermédio do exterior: o uso individual e coletivo do sistema interamericano de direitos humanos
André de Carvalho Ramos 2233

| JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Supremo Tribunal Federal 2238

efetiva-substantiva decorre de obrigação do Estado.

(iv) E, em sendo a decisão do STF a afirmação do devido processo legal substantivo, não se pode exigir que o réu prove o prejuízo para dele se beneficiar. Por quê? Porque este é insito ao não cumprimento do *substantive due process of law*.

(v) Em síntese: O prejuízo é presumido.

(vi) Se o STF restringir os efeitos da decisão, irá transigir com normas constitucionais. (vii) Em face de casos de violação, o tribunal não pode deixar de assegurar essas garantias, sob pena de usurpação do lugar que é dos constituintes. Em nenhum lugar do mundo, a começar pelos Estados Unidos, restringe-se o efeito retroativo de uma anulação em favor do réu; restringe, sim, apenas quando a anulação prejudica o réu. (viii) Trata-se do velho princípio da regra mais favorável, presente em todos os sistemas jurídicos democráticos, inclusive no Brasil.

Por último, há que registrar que a tese que pretende limitar os efeitos (por todos, cito o Ministro Roberto Barroso) funciona como uma palavra mágica tipo “abre-te Sésamo”: o réu, para se beneficiar da decisão do STF, tem de alegar e provar o prejuízo. O que é isto, na prática? Simples: Pura (ou impura) subjetividade. Dependerá, sempre, do Tribunal.

Contra isso, fica autorizada uma analogia ou uma alegoria com o futebol. O ludopedismo sempre ajuda a entender melhor as coisas:

(i) O réu ter de alegar ou provar o prejuízo é como bater pênalti com goleiro vendado e amarrado: se ele não disser que suas chances

são nulas, vale o gol, já que sua impossibilidade de ver e se mexer não demonstram por si só o prejuízo. (ii) Ou, por outra alegoria, o árbitro diz: se não reclamarem eu não marco impedimento, ainda que ele exista e desse impedimento saia um gol.

Resta saber como será o placar desse grande jogo que será a decisão acerca do alcance da nova jurisprudência (um novo precedente), tratando da redefinição significativa do artigo 403 do CPP.

O que importa é que os sentidos das palavras do texto constitucional não pertencem ao STF. Os sentidos da Constituição não são privados, não pertencem aos integrantes da Corte. Eles são públicos, construídos em linguagem pública.

Por isso, o STF não pode dar às palavras o sentido que quer. Isto vale para todos os dispositivos legais e constitucionais. Por isso é que, no conto de Lewis Carol (*Alice Através do Espelho*), a personagem Alice contesta Humpty Dumpty quando este lhe diz que pode haver, em vez de um aniversário, 364 desaniversários. Ela “esgrime a Constituição” (com o amparo da licença poética) e diz: “- Não pode ser assim”. E Humpty Dumpty responde: “Pode, sim. Porque eu dou às palavras o sentido que quero”.

E a comunidade jurídica deve responder também: não, não pode ser assim!

Nota

- (1) Nesse sentido, ver: STRECK, Lenio Luiz. *O literalista e o voluntarista diante dos cães na plataforma*. In: *Revista Consultor Jurídico*, 7 out. 2019.

A última palavra é da defesa: o direito do acusado-delatado a se manifestar após as alegações finais do delator

Maria Elizabeth Queijo

Resumo: a partir de recentes julgamentos da Suprema Corte brasileira, duas questões são enfrentadas no presente artigo, consistentes no exame da efetiva existência de direito do acusado-delatado de manifestar-se por derradeiro em alegações finais; e partindo-se do reconhecimento desse direito, acerca da natureza da nulidade decorrente do seu desatendimento.

Palavras-chave: Direito à ampla defesa. Direito ao contraditório. Alegações finais. Acusado delator. Acusado delatado. Prazo sucessivo. Nulidade. Prejuízo.

De forma inédita, o Supremo Tribunal Federal, por sua 2ª Turma, decidiu, por maioria, em 27 de agosto último, ao julgar o Agravo Regimental no HC 157627, anular sentença condenatória proferida em face de acusado-delatado, ao qual não fora assegurado pelo juízo de primeiro grau o direito de apresentar alegações finais após o oferecimento da aludida peça processual pelo delator, apesar do requerimento da defesa nesse sentido.⁽¹⁾ Dada a importância do tema e a fim de preservar a segurança jurídica e a estabilidade jurisprudencial da Corte, o Min. Edson Fachin, Relator, submeteu a questão ao Plenário, na forma regimental, para apreciação do HC 166373. Nesse julgamento, decidiu o Tribunal, por maioria, pelo

Abstract: from recent judgments of the Brazilian Supreme Court, two issues are addressed in this article, consistent with the examination of the effective existence of the denounced defendant's right to speak out in final allegations; and starting from the recognition of this right, about the nature of nullity arising from its inattention.

Keywords: Right to full defense. Right to the adversary system. Final allegations. Whistleblower defendant. Denounced defendant. Successive term. Nullity. Prejudice.

reconhecimento do direito do acusado-delatado de manifestar-se por último, após as alegações finais do Ministério Público e do acusado-delator. Ficou pendente, entretanto, o exame de duas teses a serem decididas pelo Pleno, assim sintetizadas: “1) *Em todos os procedimentos penais é direito do acusado delatado apresentar as alegações finais após o acusado delator que, nos termos da Lei nº 12850, de 2013, tenha celebrado acordo de colaboração premiada devidamente homologado, sob pena de nulidade processual, desde que arguido até a fase do artigo 403 do CPP ou o equivalente a legislação especial, e reiterado nas fases recursais subsequentes*” e “2) *Para os processos já sentenciados, é necessária a demonstração*

do prejuízo, que deverá ser aferida no caso concreto pelas instâncias competentes”.

Desses paradigmáticos julgamentos emergem, de plano, duas questões que merecem análise: a primeira diz respeito à efetiva existência de direito do acusado-delatoado de manifestar-se por derradeiro em alegações finais; e, partindo-se do reconhecimento desse direito, tal qual a Suprema Corte decidiu, a segunda questão refere-se à natureza da nulidade decorrente do desatendimento desse direito.

Quanto à primeira questão, extraem-se, de ambos os julgados antes referidos, que parte dos Ministros integrantes da Corte entendeu inexistir tal direito e o fez com apoio nos seguintes fundamentos, em essência: *i*) o processo penal é regido pelo princípio da legalidade e, inexistindo previsão legal, inclusive na Lei nº 12850/2013, para a apresentação de alegações finais por acusados delatores e delatados em diferentes momentos, não se pode reconhecer tal direito; *ii*) a ordem de apresentação de alegações finais fixada na lei destina-se a estabelecer mínimo de equilíbrio de forças; contudo, essa lógica não se transfere automaticamente à colaboração processual; *iii*) a colaboração premiada é uma das estratégias de defesa e a opção por esse instituto não autoriza o juiz a fazer distinção entre acusados colaboradores e não colaboradores; *iv*) a questão não versa sobre o antagonismo entre acusação e defesa, mas entre “defesa” e “defesa” (do delator e do delatado); *v*) afastamento de violação ao contraditório e à ampla defesa na medida em que das alegações finais não emergem novos elementos de prova, estando o acervo probatório àquela altura já consolidado nos autos e conhecido por todos os atores do processo; desse modo, inexistiria prejuízo com a apresentação simultânea de alegações finais por todos os acusados (delatores ou não).

Já os Ministros que votaram pelo reconhecimento do direito do acusado-delatoado ofertar alegações finais após o delator destacaram os seguintes fundamentos: *i*) não há previsão legislativa para a apresentação sucessiva de alegações finais pelo delator e pelo delatado, mas nada impede o reconhecimento dessa ordem; *ii*) a lacuna legislativa existente deve ser integrada pelo princípio da ampla defesa (analogia *juris*); *iii*) delatores e delatados não estão na mesma condição processual e por isso não podem ser tratados de forma igual; sua relação é de antagonismo; *iv*) é inegável que as alegações finais do delator contêm carga acusatória, de modo especial porque o delator firmou acordo com o acusador, obrigando-se a trazer elementos de prova para a acusação, sem os quais não faz jus aos benefícios estipulados, ou seja, o interesse do delator é pela condenação dos delatados, confluindo com o interesse da acusação; *v*) a defesa tem o direito de falar sempre por último e de rebater todas as alegações com carga acusatória, ainda que não haja inovação probatória nas alegações finais; assim afastar esse direito equivale à supressão do direito de defesa; *vi*) o direito ao contraditório e à ampla defesa permeiam todo o processo penal, inclusive no momento de oferecimento das alegações finais; *vii*) a colaboração premiada é meio de obtenção de prova e, assim sendo, a fixação de prazo comum às defesas dos acusados delatores e delatados para ofertar alegações finais traz prejuízo aos últimos.

Passa-se à análise desses fundamentos, em busca da resposta à primeira questão. Não há dúvida de que o princípio da legalidade vigora também no processo penal. Não se pode ignorar que sua essência é a proteção do cidadão frente ao poder estatal, estabelecendo claros limites, no campo penal, ao poder punitivo. No âmbito dos Direitos Humanos, o princípio da legalidade insere-

se entre os direitos de primeira geração, também chamados de “direitos da liberdade”,⁽²⁾ que limitam o poder estatal e asseguram a liberdade do indivíduo diante do Estado. Bem por isso considera-se que são “direitos de resistência ou de oposição ao Estado”.⁽³⁾ Assim, o princípio da legalidade não constitui óbice para o reconhecimento do direito do acusado-delatoado de oferecer suas alegações finais após o delator, mesmo sem lei expressa que o preveja, porque se assim fosse, haveria total subversão do escopo, sentido e alcance desse princípio-garantia. Estar-se-ia invocando garantia do cidadão frente ao poder punitivo estatal para desprotegê-lo. Por isso, a falta de previsão normativa quanto ao prazo sucessivo para oferecimento de alegações finais pelo acusado-delatoado e pelo acusado-delator não só não impede o reconhecimento desse direito mas, ao contrário, impulsiona o intérprete a buscar a superação da lacuna legislativa na própria Constituição Federal, entre os princípios norteadores do processo penal, reconhecido que o Brasil organizou-se como Estado Democrático de Direito, assentado sobretudo no valor da dignidade humana.⁽⁴⁾ Exatamente nessa linha de raciocínio foi proferido o voto do E. Ministro Celso de Mello, que buscou no princípio da ampla defesa, tutelado no texto constitucional (art. 5º, LV), a integração do ordenamento no tema. Trata-se, no caso, da analogia *juris*, recordando-se sempre que o princípio da legalidade somente veda, no âmbito penal e processual penal, a analogia *in malam partem*.

Nessa ordem de ideias, não se pode desconsiderar a peculiar condição processual e situação jurídica do acusado-delator. Ele não pode ser – e não é – equiparado ao acusado-delatoado no tratamento legal. A diferença de posições processuais é patente: o acusado-delator firma acordo de colaboração processual, assumindo deveres processuais, entre os quais o de fornecer provas e subsídios à acusação, havendo metas estabelecidas na Lei 12850/2013 para que ele faça jus a benefícios legais (incisos I a V do art. 4º). Por isso, o antagonismo de posições entre o acusado-delatoado e o delator é claro. Aliás, cuida-se de antagonismo de tal ordem e peculiaridade que não se apresenta idêntico nem mesmo na contraposição entre o Ministério Público e o acusado. Isso porque poderá o órgão ministerial, ao final da instrução processual, requerer a absolvição do acusado, mas o acusado-delator, bem diversamente, não poderá abrir mão de sustentar sua posição, que converge para a acusação, sob pena de não alcançar os benefícios acordados e de colocar a perder o próprio acordo firmado. Por isso, a lógica que verte do art. 403 do CPP, segundo a qual a ordem de apresentação de alegações finais principia pela acusação (representada pelo Ministério Público e pela assistência da acusação) e termina pelo acusado, aplica-se integralmente nos casos em que haja acusado-colaborador. Ou seja, considerando sua peculiar posição processual, alinhada à acusação por força de acordo homologado judicialmente, deve ele apresentar suas alegações finais imediatamente após o Ministério Público e a assistência de acusação (caso habilitada). E, por último, cabe ao acusado-não colaborador fazê-lo. Em suma, a *mens legis* do art. 403 mencionado, no tocante à ordem de apresentação de alegações finais, que respeita o direito ao contraditório, à paridade de armas e à ampla defesa, se aplica integralmente às hipóteses em que haja acusado-delator.

É sabido que o direito à ampla defesa compreende o direito à informação,⁽⁵⁾ que abrange o prévio conhecimento de todos os elementos probatórios constantes dos autos e também das manifestações e requerimentos lançados pela acusação. Para além, a efetividade do direito à ampla defesa pressupõe a contraditoriedade em todos os atos do procedimento,⁽⁶⁾ o que inclui o direito de opor-

se a todas as manifestações da acusação, seja ela integrada pelo Ministério Público, pela assistência de acusação ou mesmo pelo acusado-delator. Desse modo, o fato de estar consolidado o acervo probatório quando da apresentação de alegações finais pelas partes, não inibe, de forma alguma, o direito do acusado-delator de ofertar suas alegações finais após o delator. O não reconhecimento desse direito implica desrespeito ao contraditório e, em última instância, a negação do próprio direito de defender-se.⁽⁷⁾

Além disso, o não reconhecimento do direito do acusado-delator à última palavra nas alegações finais atinge, de igual modo, a paridade de armas, que integra o devido processo legal. A acusação, sob essa ótica, fica em franca vantagem, em detrimento do acusado-delator, que resta privado de contrapor teses e argumentos da acusação que não integraram o memorial do Ministério Público e do assistente da acusação.

Em suma: em decorrência do delineamento constitucional brasileiro, de viés democrático, que se assenta sobre o valor da dignidade humana e está integrado pelos princípios do devido processo legal (que pressupõe a *par conditio*), do contraditório e da ampla defesa, o acusado-delator tem o direito de apresentar suas alegações finais após o Ministério Público, o assistente da acusação e o acusado-delator, superando-se a lacuna legislativa existente por meio de analogia *juris*, invocando-se como norma integradora o princípio da ampla defesa.

Resta examinar ainda a segunda questão, atinente à natureza da nulidade decorrente do desatendimento desse direito: trata-se de nulidade absoluta ou relativa?

Reconhecido, pela Suprema Corte, o direito de o acusado-delator manifestar-se por último em alegações finais, tornou-se forçoso examinar qual a sanção processual aplicável, já que de mera irregularidade não se trata. Nesse contexto, nos debates travados no julgamento do HC 166373, houve manifestações no sentido de que se cuidaria de nulidade relativa, tornando indispensável para o seu reconhecimento a demonstração do prejuízo e, ademais, estabelecendo a condicionante de que a defesa do acusado-delator tivesse pleiteado o reconhecimento desse direito desde o primeiro grau de jurisdição e nas sucessivas instâncias.

Para o deslinde da questão, mostra-se relevante realçar que a norma desobedecida no caso é constitucional, consistindo no princípio da ampla defesa (norma integradora da lacuna apontada). E, em se tratando de norma de garantia, conforme o magistério da saudosa professora **Ada Pellegrini Grinover** e dos ilustres professores **Antonio Magalhães Gomes Filho** e **Antonio Scarance Fernandes**, na consagrada obra *As nulidades no processo penal*,⁽⁸⁾ a nulidade decorrente de sua inobservância será sempre absoluta, não havendo espaço para a mera irregularidade ou para a nulidade relativa. Via de consequência, deverá ela ser decretada de ofício, independentemente de requerimento ou de provocação da parte. Segundo os precisos ensinamentos dos mencionados professores, tal conclusão decorre do fato de que “as garantias constitucionais-processuais, mesmo quando aparentemente postas em benefício da parte, visam em primeiro lugar ao interesse público na condução do processo segundo as regras do devido processo legal”. São, pois, integrantes do processo justo e democrático.

Todavia, essa constatação não afasta a necessidade de verificação do prejuízo no caso concreto. Mesmo para o reconhecimento de nulidades absolutas, não se dispensa a existência de prejuízo que, nelas, entretanto, costuma ser evidente, tornando a demonstração a respeito desnecessária.⁽⁹⁾ No tema analisado, o comprometimento da ampla defesa e do

contraditório, que asseguram a participação da parte na formação do convencimento do juiz, conduz à evidência do prejuízo, manifestado, no mais das vezes, em sentença condenatória do acusado-delator. E essa conclusão não resta abalada nem mesmo quando o juiz não decline, de forma expressa, na fundamentação do decreto condenatório, elementos, argumentos ou teses que foram invocados nas alegações finais do acusado-delator. O mero acesso e conhecimento do julgador acerca do conteúdo das alegações do delator, não confrontadas pelo delator, que sobre elas não pode exercer o necessário contraditório, influencia a formação do convencimento do juiz, ainda que não manifestado na fundamentação da sentença.

Por fim, foi bastante oportuna a observação do Min. Alexandre de Moraes, em seu voto, ao frisar que não há nenhuma relação entre impunidade e respeito aos princípios constitucionais. Cabe ao juiz, no processo penal, o dever de zelar pela observância dos princípios constitucionais, notadamente quanto às garantias do devido processo legal, estimulando o contraditório e assegurando a ampla defesa, em reforço à paridade de armas e à sua imparcialidade. Mesmo em situações nas quais não há colaboração processual, para resguardar o exercício do direito à ampla defesa, não raro os juízes estabelecem prazo sucessivo para o oferecimento de alegações finais, quando a causa é demasiadamente complexa. Essa postura, tuteladora dos direitos fundamentais no processo, é que se espera do julgador durante todo o seu curso, de modo especial no que tange ao direito do acusado-delator de se manifestar por derradeiro, independentemente de requerimento. Assim agindo, atendido estará o interesse público na construção de um processo penal justo e democrático.

Notas

- (1) O Min. Relator Edson Fachin havia negado seguimento ao HC impetrado, sendo interposto pela defesa Agravo Regimental, ao qual S. Exa. também negou provimento. Votaram pelo provimento do Agravo e concessão da ordem os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Carmen Lúcia.
- (2) BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 517.
- (3) BONAVIDES, op. cit., p. 517.
- (4) A esse respeito, lapidar a lição de Flávia Piovesan, na obra *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, na qual realça que é da “reaproximação da ética e do direito” que surge a “força normativa dos princípios” (10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 29).
- (5) TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 174-179.
- (6) TUCCI, op. cit., p. 176. O saudoso autor sustenta que deve ser “‘efetiva, real’, em todo o desenrolar da persecução penal”, assegurando-se devidamente a liberdade jurídica do indivíduo “enredado na ‘persecutio criminis’” (p. 181).
- (7) A saudosa professora Ada Pellegrini Grinover e os professores Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, na obra *As nulidades no processo penal*, prelecionam, com acerto, que “Defesa e contraditório são indissolavelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é essa – como poder correlato ao da ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório” (12. ed., São Paulo: RT, 2011, p. 71).
- (8) GRINOVER *et al.*, op. cit., p. 24-25.
- (9) Idem, *ibidem*, p. 27.

Maria Elizabeth Queijo

Doutora e mestra em Processo Penal pela USP. Advogada.

ORCID: 0000-0002-7219-7020

beth@eqz.adv.br

Recebido em: 16.11.2019

Aprovado em: 17.11.2019

Versão final: 21.11.2019

Cronologia dos memoriais: retrato do autoritarismo da Lava Jato

Alberto Zacharias Toron

Resumo: Embora haja concordância quanto ao fato de que o acusado deva falar por último no processo penal, pois esta fala, influente na persuasão do juiz, traduz a possibilidade de rebater as alegações da acusação e com isso concretizar a amplitude do direito de defesa, a ausência de disciplina legal para a cronologia das “falas” quando há réus delatores e delatados não deveria ensejar nenhuma dificuldade com a aplicação dos princípios e garantias constitucionais. O réu delatado deve falar depois do delator. O texto se ocupa de mostrar como uma interpretação autoritária do plexo de normas incidentes, levou o juiz da Lava Jato à concretização do indevido processo legal. Por outro lado, demonstra-se a importância do *habeas corpus* como meio de controle idôneo do devido processo legal para a correção de desvios autoritários.

Palavras chave: contraditório; ampla defesa; cronologia das falas; *habeas corpus* e controle do devido processo legal.

1 Duas palavras para entender o caso

Coube ao jornalista **Elio Gaspari**, em inspirado texto (*O inferno de Moro, uma tragédia brasileira*, Folha de S. Paulo, 1/9/2019) explicar a atitude do então juiz Sérgio Moro no processo a que respondeu Aldemir Bendine, ex-presidente da Petrobras, na 13ª Vara Criminal de Curitiba: “*Para Moro, a conta do faço porque posso veio na semana passada, com a decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal*”. Achava, “*mas não podia*”.

De par com a compreensão da importância de a defesa falar por último no processo penal está a percepção do amesquinamento da garantia do *habeas corpus*, uma vez que tanto o TRF da 4ª Região como o STJ e o próprio ministro Edson Fachin afastaram a idoneidade do *writ* para discutir a matéria. Esta é outra faceta do caso que, embora pouco difundida, assombra pela facilitação da consecução de um processo penal autoritário e merece, igualmente, nossa atenção.

2 Os princípios constitucionais, o processo penal e a cronologia das falas

Nada melhor do que o resgate histórico dos fatos para se compreender o traço mais saliente da Operação Lava Jato: o desprezo pelo direito de defesa. A discussão sobre a nulidade decorrente da imposição de réus delatores e delatados oferecerem em prazo comum suas alegações finais, hoje chamadas de memoriais, deixa clara a mentalidade autoritária do juiz que presidia o feito.

Na ação penal contra Aldemir Bendine, ao realizar os interrogatórios dos réus delatores e do delatado, o juiz Sérgio Moro deixou este por último. A lei não faz distinção alguma quanto à ordem dos interrogatórios, mas, sabiamente, valendo-se dos princípios e garantias constitucionais, interpretou que o delatado deveria falar depois dos delatores para poder rebatê-los; defender-se.

Todavia, ao determinar a entrega das alegações finais não fez a mesma distinção. Pior. Mesmo questionado pela defesa sobre o cerceamento de defesa ocasionado por impedir que esta rebatesse os argumentos lançados pelos advogados dos delatores, respondeu que a lei não fazia distinção alguma entre acusados (cf. CPP, art. 403 e a Lei que define as Organizações Criminosas,

Abstract: Although there is agreement on the fact that the defendant should be the last to speak in criminal proceedings, since this speech, which can influence the judge, translates the possibility to rebut the prosecutor’s allegations and thereby materialize the extension of the right of defense, the absence of legal writings about the chronology of “speeches” when there are whistleblowers and reported defendants should not create any difficulty to the realization of constitutional principles and guarantees. The reported defendant must always speak after the whistleblower. This article shows how an authoritarian interpretation of the legal regulation made a Car Wash judge realize the undue process of law. Also, it demonstrates the importance of *habeas corpus* as a legitimate mean of control of the due process of law to correct authoritarian deviations.

Keywords: Audi altera partem. Full defense. Chronology of speech. *Habeas corpus*. Control of the due process of law.

12.850/2013). Ora, para a ordem dos interrogatórios a lei também não faz distinção.

A mesma lógica que orientou a disciplina dos interrogatórios deveria ter iluminado a cronologia da entrega das alegações finais. A lei deve ser interpretada conforme a Constituição, e não o contrário. O juiz não pode se limitar a invocar a ausência de previsão legal, e deixar de verificar o regramento constitucional.

De fato, o contraditório, como princípio constitucional, há de ser efetivo e isso só se dá quando o acusado puder se contrapor a todas as cargas acumuláveis contra si. Eis, no ponto, a lição do sempre lembrado professor **Canuto Mendes de Almeida**: “*Praticamente o princípio do contraditório se manifesta na ação penal pela ciência tempestiva dada ao imputado de todas as cargas judicialmente contra ele acumuláveis*”.⁽¹⁾

Na sábia advertência de **Rogério Lauria Tucci**, “*a contraditoriedade deve ser efetiva, real, em todo o desenrolar da persecução penal, (...)*”.⁽²⁾

Ora, podendo, remarque-se, a manifestação derradeira do delator, ser “*carga contra o delatado*”, é evidente, por força do contraditório e do princípio da ampla defesa, que não pode ser a última. Esse é o ponto nodal da discussão e não a intrincada questão de se saber qual a natureza da fala do delator. Basta dizer que seu depoimento tem carga acusatória para se deferir ao delatado o direito de ser interrogado por último e, da mesma forma, oferecer seus memoriais depois de apreciar o daquele.

Para se fazer um paralelo, antigamente, mesmo nas apelações do Ministério Público contra sentenças absolutórias, o seu representante de segundo grau tinha a primazia de falar por último. Dizia-se, para se legitimar a ofensa ao contraditório, que ele funcionava como “fiscal da lei”, não era parte acusatória. Até que o então jovem Procurador Geral de Justiça do Distrito Federal, hoje Ministro do STJ, Rogério Schietti Machado Cruz, pioneiramente, apontou que a situação existente ensejava uma espécie de burla de etiquetas. Assinalou que o atuar como fiscal da lei não retira a eventual carga acusatória do representante do Ministério Público. Nas suas palavras, “*assim como a forma não desnatura a matéria, mas apenas modifica sua aparência, o parecer do Procurador de Justiça não elimina, mas tão-somente esconde a sua função*

acusatória que, nas alegações finais ou na denúncia do Promotor de Justiça, se revela bem mais nítida. Ou será - indaga o ensaísta - “que estas últimas peças processuais retiram do Ministério Público atuante no primeiro grau a sua função fiscalizadora?” (Atuação do Ministério Público no processamento dos recursos dos recursos criminais face aos princípios do contraditório e da isonomia, RT 737/495).

Tempos depois, o Pleno do STF, no HC 87.926, relatado pelo Ministro Cezar Peluso, processualista de mão cheia, sepultou a matéria e afirmou a nulidade do julgamento quando o órgão ministerial seja apelante o seu representante no Tribunal venha a falar por último (DJ 25/4/2008). Vale o registro de que também aqui não havia lei expressa a respeito.

Foi exatamente o que o STF fez ao determinar a anulação da ação penal contra Bendine (HC 157.627, rel. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. em 27/8/2019) e agora, novamente, por expressiva maioria, no julgamento realizado pelo Pleno no HC 166.373, rel. p/ o acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. em 2/10/2019).

É bom lembrar que antes do julgamento do HC em favor de Bendine, o TJDF, pela voz qualificada da desembargadora Sandra De Sanctis, já havia se pronunciado sobre o tema da cronologia da entrega dos memoriais, em síntese memorável: “Se o depoimento do corréu aproxima-se da prova obtida em delação premiada, não é adequado que ele seja interrogado após os demais, nem que a defesa se manifeste após as outras, sob pena de ofensa ao princípio do contraditório. Na hipótese, ainda que não tenha celebrado acordo formal, o confessou e colaborou com a justiça ao relatar, detalhadamente, como teria ocorrido a empreitada criminosa e a participação dos corréus”. Ordem concedida (TJDF, 1ª T. Criminal, HC 20170020114479HBC, rel. Des. Sandra de Santis, j. em 04/5/2017).

Com propriedade, no mesmo julgado, lembrou-se o óbvio: “A atividade estatal - principalmente a função jurisdicional - deve ser exercida de forma a dar a máxima eficácia às garantias basilares do indivíduo, entre as quais a liberdade de locomoção, o contraditório, a ampla defesa e, por conseguinte, o devido processo legal”.

Na dicção da Suprema Corte, ao conceder ordem de *habeas corpus* em caso de arbítrio do juiz que impediu os advogados dos corréus de dirigir perguntas aos outros, advertiu-se: “o direito do réu à observância, pelo Estado, da garantia pertinente ao ‘due process of law’, além de traduzir expressão concreta do direito de defesa, também encontra suporte legitimador em convenções internacionais que proclamam a essencialidade dessa franquia processual, que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu estrangeiro, sem domicílio em território brasileiro, aqui processado por suposta prática de delitos a ele atribuídos” (2ª T., HC 94.016, rel. Min. Celso de Mello, DJ 1º/4/2013).

A matéria é simples de um ponto de vista processual e importa na compreensão de princípios básicos do processo penal interpretado à luz da Constituição e não o contrário, como parece ter feito o juiz de primeiro grau e os Tribunais que o sucederam no exame do *writ*. A questão só ganhou relevo por conta, de um lado, do autoritarismo processual em que vivemos e, de outro, por ter sido a primeira vez que se anula uma ação da Lava Jato e com repercussão certa em outros casos. Não fosse assim, o assunto

passaria batido. Prova disso é o julgado pioneiro do TJDF que ficou sem o destaque merecido.

Todavia, em que pese a clareza do direito processual violentado, a sua discussão e o seu reconhecimento nas Cortes representaram uma verdadeira novela que, essa, sim, é importante e merece meditação.

3 O *habeas corpus* e o controle do devido processo legal

A despeito de a proposta de estreitamento do cabimento do *habeas corpus* contida nas assim chamadas “10 Medidas contra a Corrupção” ter sido rejeitada no Congresso, está se erguendo um tipo de jurisprudência segundo a qual o *writ* só cabe quando a questão suscitada estiver direta e imediatamente ligada à liberdade de ir e vir.

Seria de se aplaudir tal inteligência caso estivesse em vigor o dispositivo da Reforma Constitucional de 1926, segundo o qual “dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”. Veja-se que a reforma em questão, promulgada pelo presidente Arthur Bernardes em pleno estado de sítio, suprimia totalmente o aspecto preventivo do *writ*. A Carta de 1937, sob esse aspecto, foi menos restritiva; admitiu a concessão da ordem nos casos de iminência da coação.

Contudo, a partir da Constituição de 1946, já sob regime democrático, o *writ* foi regulado de forma mais ampla e generosa, sendo suprimida a exigência da iminência da coação ou violência à liberdade de locomoção para a concessão do *habeas* preventivo. O art. 141, §23, estabelecia: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

Daí em diante passou-se a entender que “é admissível a tutela antecipada mesmo em situações em que a prisão constitui evento apenas possível a longo prazo”.⁽³⁾ Isso tem permitido “que o *habeas corpus* seja, entre nós, um remédio extremamente eficaz para o controle da legalidade de todas as fases da persecução criminal”.⁽⁴⁾

Não por acaso, inúmeros julgados de norte a sul do Brasil, de Tribunais Estaduais, Regionais e Superiores têm proclamado a idoneidade do *habeas* para sanar nulidade processual⁽⁵⁾ decorrente de inépcia de denúncia,⁽⁶⁾ ou, para exemplificar, a decorrente da determinação da realização de interceptação telefônica por autoridade incompetente⁽⁷⁾ ou da colocação indevida de algemas no júri, de modo a transmitir a ideia de que o acusado seja perigoso;⁽⁸⁾ para evitar o indevido indiciamento.⁽⁹⁾

A maior prova da vitalidade e do alcance do *writ* na proteção do devido processo legal é a hipótese da negativa de vista dos autos ao advogado do investigado na fase do inquérito policial, discutida pelo STF no HC 82.354. À primeira vista, não há ameaça à liberdade de locomoção, todavia, há cerceamento de defesa que, de forma mediata, pode comprometer a liberdade com uma futura condenação. Não se trata, como deixou assentado a Primeira Turma do STF no referido *habeas* relatado pelo em. Ministro Sepúlveda Pertence, “de fazer reviver a doutrina brasileira do *habeas corpus*, mas sim de dar efetividade máxima ao remédio constitucional contra a ameaça ou a coação da liberdade de ir e vir, que não se alcançaria, se limitada a sua admissibilidade às hipóteses da prisão consumada ou iminente”.⁽¹⁰⁾ Daí ter recordado o decidido pela mesma Turma no HC 79.191, em cujo *writ* se discutia ilegalidade da quebra do sigilo bancário do paciente.

A ementa consignou: “Se se trata de processo penal ou mesmo de inquérito policial, a jurisprudência do STF admite o *habeas corpus*, dado que de um ou outro possa advir condenação a pena privativa de liberdade, ainda que não iminente, cuja aplicação poderia vir a ser viciada pela ilegalidade contra o qual se volta a impetração da ordem. Nessa linha, não é de recusar a idoneidade do *habeas corpus*, seja contra o indeferimento de prova de interesse do réu ou indiciado, seja o deferimento de prova ilícita ou o deferimento inválido de prova lícita”.⁽¹¹⁾

Mesmo sem a amplidão de outrora, quando se entendia cabível o *habeas* “sempre que, no curso da ação penal, se alega que foi cometida uma ilegalidade em prejuízo do réu”,⁽¹²⁾ assinalou o Min. Pertence que “não se controverte sobre o cabimento do *habeas corpus* contra a simples instauração de inquérito policial por fato que se pretende atípico (v.g, HC 67.039, 31.10.89, Moreira; HC 68.348, 20.3.91, Passarinho) ou como é corriqueiro, contra o recebimento da denúncia; ou para questionar a competência da Justiça ou do Juízo onde corra o processo (HC 75.578, 2ª T., Corrêa, Informativo STF 94; HC 77.993, 1ª T., Pertence, 9.3.99)”. Por isso, concluiu: “não parece ser de recusar a idoneidade do *habeas corpus*, seja contra o indeferimento de prova do interesse do réu ou indiciado, seja contra o deferimento de prova ilícita ou deferimento inválido de prova lícita” (HC 82.354).

Essa gama imensa de situações atina com a proteção do devido processo legal que, se vulnerado, mediatamente, pode vir a atingir a liberdade do investigado ou réu. Por isso, a legitimação do manejo do *habeas* para coibir abusos, mais que uma exigência de o Estado dotar o cidadão de meios para combater as ilegalidades, converte-se num instrumento para coarctar o autoritarismo processual de juízes que, em bom português, fazem o que querem.

Na contramão do que pareceu ao TRF da 4ª Região, à 5ª Turma do STJ e à decisão agravada prolatada pelo Ministro Edson Fachin, quando o STF julgou o memorável HC 94.016, relator o Ministro Celso de Mello, se tratava do cerceamento da defesa pela ilegalidade no impedimento de os advogados dos corréus fazerem reperguntas ao réu interrogado, também não estava em jogo diretamente a liberdade de ir e vir. Mas apenas indiretamente. É que do processo errado pode nascer a condenação, e, desta, o cerceamento à liberdade de locomoção. Daí a possibilidade de se manejar o *habeas corpus* como expressamente admite o CPP de 1941, no seu art. 648, inc. VI. Veja-se que no brilhante precedente, o paciente estava em liberdade.

Quando no HC 127.415, rel. Min. Gilmar Mendes (DJ 27/9/2016) se discutiu a inépcia da denúncia ou, no HC 136.331, rel. Min. Ricardo Lewandowski, (DJe 27/6/2017), a ilegalidade na inobservância ao direito ao silêncio ou no HC 124.195, rel. Min. Carmén Lúcia, (DJe 20/11/2014) a falta de intimação para o julgamento em segunda instância, em nenhum desses casos estava em jogo, diretamente, a liberdade de locomoção.

Daí a obviedade de que o apontado cerceamento de defesa e violação ao contraditório, por se impedir que o delatado se contraponha a todas manifestações com carga acusatória em seus memoriais, sua derradeira oportunidade de defesa na ação penal, pode e deve ser coarctado por meio do *habeas corpus*.

A “dificuldade” que certos juízes e tribunais têm (ou criam) para conhecer *habeas corpus*, não apenas lhes retira a possibilidade de controle sobre a legalidade da ação penal, como deixa o cidadão à mingua de meios para combatê-la. Pior: abre espaço para o desenvolvimento de um tipo de autoritarismo processual no qual a regra posta e os princípios constitucionais perdem espaço para o “são sentimento” do juiz. Ou bem entendemos que não há espaço para processos e condenação sem respeito ao devido processo legal ou bem admitiremos o vale-tudo, antítese do direito e da própria civilidade.

Notas

- (1) ALMEIDA, Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1973. p. 107.
- (2) TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. Ed. Saraiva, 1993, p. 211. Idem, FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 58.
- (3) GRINOVER, Ada Pellegrini et al., *Recursos no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 272. Idem, BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 676.
- (4) GRINOVER, op. cit., p. 272.
- (5) STJ, 5ª T., HC 17.953, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 8/4/2002 e, entre muitos outros, RHC 13.798, rel. Min. Félix Fischer, DJ 3/11/03; apud FRANCO, Alberto Silva. *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed. 2004. v. I p. 1150/51.
- (6) STF, HC 70.687, rel. Min. Pertence, RT 708/414; apud AFRANCO, op. cit., p. 1151 e, entre muitos outros, STF: HC 85.948-8/PA, Rel. Min. Carlos Ayres Britto DJ 23.05.2006; RHC 85.658/ES, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 12.08.2005; HC 83.948-7-SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 07.05.2004; HC 80.549/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 24.08.2001. STJ, entre muitos outros, 5ª T., HC 171.976, rel. Min. Gilson Dipp, DJe 13/12/2010.
- (7) STJ, 5ª T., HC 83.632, rel. Min. Jorge Mussi, DJ 20/9/2010.
- (8) STF, Pleno, HC 91.952, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 19/12/2008. Sobre o tema, ver GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Sobre o uso de algemas no julgamento pelo Júri. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 110, dez.1992.
- (9) STJ, 5ª T., HC 58.323, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 11/9/06 e STJ, 6ª T., HC 18.054, rel. Min. Paulo Gallotti, DJ 22/8/01, entre muitos outros.
- (10) STF, 1ª T., un., DJ 24/09/04.
- (11) RTJ 171/258, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 08/10/1999.
- (12) Luiz Gallotti, RHC 46.807, RTJ 49/592.

Alberto Zacharias Toron

Doutor e mestre em Direito pela USP.

Ex-Presidente do IBCCRIM.

Professor de Direito Processual Penal da FAAP. Advogado.

Recebido em: 06.11.2019

Aprovado em: 06.11.2019

Versão final: 13.11.2019



Fundado em 14.10.1992

DIRETORIA DA GESTÃO 2019/2020

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidenta: Eleonora Rangel Nacif

1.º Vice-Presidente: Bruno Shimizu

2.º Vice-Presidente: Helios Alejandro Nogués Moyano

1.ª Secretária: Andréa Cristina D'Angelo

2.ª Secretário: Luís Carlos Valois

1.º Tesoureiro: Gabriel de Freitas Queiroz

2.º Tesoureiro: Yuri Felix

Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais:

Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes

CONSELHO CONSULTIVO

Cristiano Avila Maronna

Ela Wiecko Volkmer de Castilho

Geraldo Prado

Sérgio Salomão Shecaira

OUIDORA

Fabiana Zanatta Viana

A mitigação dos efeitos recursais na apelação do tribunal do júri agravada pela proposta do Pacote Anticrime.

Otávio Lacerda de Paula Silva

Resumo: A extinção do efeito suspensivo nas apelações do Tribunal do Júri, proposta pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, tende a tornar o recurso ineficaz. A jurisprudência, ao contrário do que defende a doutrina, já demonstra uma ruptura na devolução dessa apelação. Diante disso, o artigo defende que a extinção de outro efeito recursal criará uma exceção material à regra principiológica do duplo grau de jurisdição.

Palavras-chave: Apelação. Pacote anticrime. Efeitos recursais. Duplo grau de jurisdição. Tribunal do Júri.

1 Introdução

O duplo grau de jurisdição é princípio norteador da organização processual brasileira, garantia do processo penal e fundamento da sistemática recursal. O princípio garante o direito de reanálise das decisões proferidas, a fim de respaldar maior segurança ao julgamento realizado, seja para um melhor deslinde das teses presentes no processo, seja para demonstrar maior afã na análise da lide, gerando, assim, maior conformidade para a parte ora derrotada (RANGEL, 2015, p. 955). Também sujeito a este princípio, o Tribunal do Júri possui previsão constitucional (BRASIL, 1988) e é dotado de peculiaridades. Desde os requisitos para as decisões até sua sistemática recursal, o procedimento difere das disposições gerais do processo penal.

As recentes mudanças propostas pelo Ministério da Justiça, com a chamada “Lei Anticrime”, apresentam alterações na legislação Penal e Processual Penal brasileira – sendo objeto de análise deste artigo, em específico, o decote do efeito suspensivo ora inerente ao recurso de Apelação nas condenações pelo Tribunal do Júri.

Através de um estudo balizado na doutrina processual penal, serão ressaltados aspectos únicos do Tribunal do Júri e indicados seus efeitos. A importância e características do duplo grau de jurisdição e de efeitos recursais no que tange ao Tribunal do Júri também serão objetos de estudo. Ademais, com afincos nas disposições jurisprudenciais dos Tribunais de Justiça estaduais, o artigo demonstrará entendimento já existente, o qual tende a revelar a atual ocorrência de prejuízos aos réus, certamente agraváveis pelas mudanças propostas pelo Poder Executivo.

Assim, será estudada a dificuldade de questionamento judicial das matérias oriundas do procedimento do Júri nos tribunais de segunda instância e, por fim, o artigo analisará como a proposta de alteração do efeito suspensivo esvazia a Apelação e torna o Tribunal do Júri um procedimento com execução imediata da pena.

2 O efeito recursal devolutivo e o duplo grau de jurisdição

A concepção de recurso é fundamental à sistemática jurídica brasileira. Trata-se da faculdade de reexame de uma decisão que pode ter sido equivocada, injusta ou imprecisa. É possível

Abstract: The revocation of the suspensive effect on appeals about the Jury Court, proposed by the Ministry of Justice and Public Security, tends to turn the appeal ineffective. The jurisprudence, unlike to what the doctrine argues, shows already a break in the appeals’ return effect. Given this, the article argues that the extinction of another appeal’s effect will create a material exception to the principled rule of the double degree of jurisdiction.

Keywords: Appeals. Anticrime project. Appeal’s effects. Double degree of jurisdiction. Jury Court.

dizer, até mesmo, que o recurso é uma necessidade essencial do processo. Além de corolário do devido processo legal, a capacidade de reexaminar decisões “constitui um dos elementos do necessário equilíbrio entre o valor da segurança jurídica, que conduz à estabilidade dos julgados (preclusões, coisa julgada) e o da justiça das decisões” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2015, p. 439).

Todos os recursos são dotados do chamado efeito devolutivo e, alguns, do suspensivo. Esses efeitos são considerados os principais e mais característicos ‘dos recursos. O princípio do duplo grau de jurisdição é o garantidor da prerrogativa de nova apreciação a qualquer causa, permitindo assim a ocorrência ampla do efeito recursal devolutivo, o qual “consiste em investir o tribunal destinatário do poder de decidir o recurso interposto” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2015, p. 451).

É somente através da concretização do duplo grau de jurisdição que se garante a confiança na tutela estatal, reforçando o sentimento coletivo no império do Estado Democrático de Direito. Defende Pacelli (2017) que há dois âmbitos em que se observa a relevância dos recursos: o primeiro, o controle dos atos jurisdicionais pelo Estado; e, o segundo, a confiança das partes na Jurisdição.

Na primeira perspectiva, o Estado deve analisar o modo como as decisões são tomadas, a fim de garantir a continuidade da atividade jurisdicional acertada, o que é assegurado com as eventuais correções em sede recursal. Já na segunda visão, na ótica dos que estão sob a tutela estatal, a relevância dos recursos é a de assegurar a amplitude de defesa e uma regência jurisdicional apta a tutelar os eventuais conflitos (PACELLI, 2017, 403).

Relevante asseverar ainda que o duplo grau é chancelado na ordem legal. Além de garantir maior confiabilidade na tutela estatal e permitir o exercício do devido processo legal, o duplo grau de jurisdição é insculpido no Direito pátrio expressamente no Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969). Portanto, não se trata apenas de criação doutrinária, interpretação legislativa ou entendimento jurisprudencial, sendo inegável, contudo, a importância do referido princípio em todas as fontes do Direito.

Dessa forma, pode-se entender o duplo grau de jurisdição

como o garantidor do acesso dos jurisdicionados aos recursos. A concretização do direito a uma nova apreciação de matéria ao menos uma vez decidida é fundamental ao devido processo legal e, necessária, enfim, para tornar as partes mais satisfeitas ou conformadas com a tutela estatal.

3 Aspectos únicos (e problemáticos) do tribunal do júri

A Constituição da República, em seu art. 5º, inciso XXXVIII assevera, “a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida” (BRASIL, 1988). A previsão expressa de princípios próprios confere ao Tribunal do Júri garantias para funcionar com peculiaridades.

Além das particularidades conferidas pela lei, há a presença de outras, como o império do chamado *in dubio pro societate* no procedimento. Segundo esse princípio, “diante de dúvida quanto à existência do fato e da respectiva autoria, a lei estaria a lhe impor a remessa dos autos ao Tribunal do Júri (pela pronúncia)” (PACELLI, 2017, p. 334), uma decisão contrária ao réu, mesmo diante de um cenário de dúvidas.

Ocorre que na fase seguinte, no julgamento pelo Conselho de Sentença, é o *in dubio pro reo* que está em vigor, de modo que o juiz da causa deve sempre optar, em caso de dúvida, pela absolvição do réu. Isso não é, contudo, uma regra de seguimento obrigatório nesse procedimento, conforme é observado. No júri a condenação ou absolvição é decidida com base na íntima convicção dos jurados, não devendo externar por quais motivos optam por este ou aquele voto. Isso torna possível que uma tese condenatória, pautada em elementos incertos, seja o suficiente para levar um réu à condenação, ainda que subsista dúvida razoável.

Cumpre demonstrar que ao tratar do tema, **Badaró** (2017) enxerga na coexistência da soberania dos veredictos com a íntima convicção dos jurados um problema de grande relevância. O autor disserta e propõe que, em caso de divergência, o tribunal não altere a decisão dos jurados, mas casse o julgamento. Assim, estaria mantida a soberania do conselho de sentença, juiz natural da causa, mas não haveria uma decisão autoritária e incontestável. Entende o autor ainda que se o tribunal enxergar ofensa aos princípios regentes do devido processo legal e cassar a decisão em vez de reformá-la, não haverá ofensa ao procedimento do júri. Dessa forma, a matéria seria novamente remetida a um novo conselho de sentença, para que o juiz natural desse o veredicto adequado (BADARÓ, 2017, p. 188).

Contudo, a jurisprudência dos tribunais estaduais não segue o entendimento exposto acima. Com base na soberania garantida aos veredictos, a atuação dos Desembargadores é ainda mais limitada. Ainda que o Tribunal divirja dos jurados e considere a tese renegada mais adequada, mais bem embasada ou até mesmo mais plausível, não ocorrerá a cassação dessa decisão pelos estados. É permitido, segundo defendem os Tribunais estaduais de segunda instância, tão somente avaliar se houve, ou não, fundamento para a decisão do Corpo de Jurados, sendo cassadas as decisões apenas se forem totalmente decotadas de provas, conforme será demonstrado adiante.

4 Posição da jurisprudência no enfrentamento dos recursos de apelação nos crimes dolosos contra a vida

Acerca das Apelações sobre decisões do Corpo de Jurados, a Jurisprudência não resolve os problemas conforme indicado

pela doutrina. O entendimento dos Tribunais estaduais, em sua ampla maioria, é de que a cassação da decisão do júri somente é possível quando estiver absoluta e manifestamente contrária ao que se depreende dos autos. Cabe dizer que é a hipótese de uma decisão tomada sem respaldo em qualquer prova, ou em uma sustentação oral que permitiria concluir pelo posicionamento.

Os Tribunais de segunda instância, mesmo se provocados, não realizam análise sobre o mérito da questão, exceto para avaliar se os jurados acolheram uma versão minimamente balizada nas provas dos autos. Não há uma nova apreciação da causa, mas tão somente uma análise da subsunção da decisão às teses defendidas perante os Jurados. Demonstrações inequívocas desse entendimento são as súmulas dos Tribunais de Justiça do Ceará (2004), de Minas Gerais (2007) e de Pernambuco (2008):

“Súmula 06 - As decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos” (CEARÁ, 2004).

“Súmula 28 - A cassação do veredito popular por manifestamente contrário à prova dos autos só é possível quando a decisão for escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório, nunca aquela que opta por uma das versões existentes” (MINAS GERAIS, 2007).

“Súmula 083. Não pode ser considerada como manifestamente contrária à prova dos autos, a decisão do Conselho de Sentença que acolhe uma das teses apresentadas pelas partes, fundadas nos elementos probatórios” (PERNAMBUCO, 2008).

Nesse cenário, portanto, pode-se dizer que o efeito devolutivo do recurso de Apelação é fragmentado para incidir em dois momentos: o primeiro é absolutamente restrito, quando o recurso é analisado pelo tribunal. Os desembargadores avaliam tão somente se a decisão do corpo de jurados teve respaldo em alguma das provas presentes nos autos e, entendendo que a dissociação foi completa, sendo a decisão absolutamente contrária a todas as provas e versões construídas no processo, parte-se para a segunda etapa de aplicação do efeito devolutivo do recurso. Nesse segundo momento, já com a completa devolução, é permitido analisar todo o mérito, conforme desejado inicialmente pelo apelante, a fim de uma reforma na decisão para torná-la mais adequada, justa, ou precisa.

Essa fragmentação do efeito devolutivo do recurso de apelação é maléfica ao réu. Se ocorresse a devolução por completo no recurso desde seu início, seria certa a análise da causa segundo todos os argumentos propostos. Caso houvesse a análise plena da decisão desde o início do julgamento do recurso, não seria necessária a manifesta contrariedade às provas dos autos para que os Tribunais avaliassem a pertinência do veredicto, ou se houve uma análise completa e adequada das provas produzidas, ou até mesmo se foi respeitado o basilar *in dubio pro reo*.

Contudo, como os Tribunais estaduais entendem que não é correta a análise completa da Apelação, negando a efetividade ao efeito devolutivo, é diminuta a possibilidade de reforma da decisão na segunda instância. Na hipótese de aplicação imediata dos efeitos da condenação em primeira instância nas causas do Tribunal do Júri, como propôs o Ministério da Justiça e Segurança Pública, o defendente será obrigado a cumprir a pena até um eventual julgamento pelas cortes superiores, pois é ínfima a possibilidade de reforma da decisão pela segunda instância.

5 Alterações propostas pelo Ministério da Justiça e acentuação dos malefícios sobre o réu

Para além da dificuldade na análise do mérito na apelação, restando restrito o efeito devolutivo nesses casos, a proposta do Ministério da Justiça com a chamada “Lei Anticrime” (BRASIL, 2019) defende o fim do efeito suspensivo nas matérias oriundas do Tribunal do Júri.

O anteprojeto em análise, no capítulo II, intitulado “Medidas para aumentar a efetividade do Tribunal do Júri”, apresenta duas mudanças para tornar o efeito suspensivo excepcional nas condenações: são propostas alterações no artigo 492 do Código de Processo Penal, na alínea ‘e’, do inciso I, e a adesão do §4º.

Se, atualmente, vige no art. 492, I, “e” a possibilidade de prisão após a condenação pelo Tribunal do Júri “se presentes os requisitos da prisão preventiva” (BRASIL, 1941), a mudança propõe que o juiz presidente “determinará a execução provisória das penas privativas de liberdade” (BRASIL, 2019), sem a necessidade de nenhum requisito.

A adesão do §4º é ainda mais direta e determina que “a apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri não terá efeito suspensivo” (BRASIL, 2019), de modo que esse efeito teria aplicação excepcional, situação também prevista adianteno projeto do Ministério da Justiça:

“§ 5º Excepcionalmente, poderá o Tribunal de Apelação atribuir efeito suspensivo à apelação, quando verificado cumulativamente que o recurso: I - não tem propósito meramente protelatório; II - levanta uma questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou alteração do regime de cumprimento da pena para o aberto” (BRASIL, 2019).

É importante ressaltar a cumulatividade dos requisitos propostos para a aplicação do efeito suspensivo. O Tribunal deverá julgar se há interesse em retardar os efeitos da condenação com o recurso, e, não sendo verificado esse propósito, julgar se o recurso levanta uma questão apta a alterar os rumos do julgamento para absolver, anular, cassar ou alterar a pena determinada.

Ocorre que dentre as situações elencadas no inciso II, acima transcrito, necessárias para a concessão do efeito suspensivo, as possibilidades de absolvição ou de novo julgamento estão afetos à soberania do conselho de sentença. Contudo, conforme demonstrado, estas não podem ter seu mérito questionado, exceto quando completamente dissociadas do conjunto probatório, segundo entendimento dos Tribunais estaduais.

Com a mudança pretendida, a mesma restrição que afeta o efeito devolutivo e o torna diminuto nas apelações do Tribunal do Júri se tornará um empecilho para a concessão excepcional do efeito devolutivo, de tal modo que o acusado iniciará o cumprimento da pena após a condenação, e somente poderá ter a reanálise da causa diante dos tribunais superiores.

A alteração torna o recurso de apelação das decisões do Tribunal do Júri inefetivo em seus principais efeitos, ferindo o duplo grau de jurisdição em seu aspecto material. Se o efeito devolutivo já tem sua aplicação mitigada nesses casos, agora, com o efeito suspensivo interrompido e de difícil concessão, o recurso será completamente esvaziado, com a consequente inoperância da segunda instância quanto a matéria oriunda do tribunal do júri.

Conforme é sabido, há o efeito suspensivo se “interposto o recurso, o ato judicial recorrido não produzirá, sequer provisoriamente, os efeitos impostos em *seu*decisum” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2015). Com a retirada dos requisitos da prisão provisória para o início dos efeitos da condenação, o júri se tornará um procedimento “sumário”, com punição logo após a decisão dos jurados. Assim, pode-se dizer que, por ser baixa a possibilidade de reexame do feito em segunda instância, será necessário cumprir a pena desde a condenação pelo conselho de sentença, até a apreciação pelas cortes superiores.

6 Conclusão

Resta demonstrado que as peculiaridades do Tribunal do Júri – sobretudo a íntima convicção dos jurados –, aliadas à soberania garantida as suas decisões, trazem obstáculos ao exercício do direito de defesa dos apelantes. Se no Direito pátrio é garantida a prerrogativa de requerimento de uma nova análise da causa para evitar equívocos na decisão tomada, as matérias oriundas dos conselhos de sentença dirimem esse direito.

A jurisprudência não permite a coexistência da soberania dos veredictos e da dispensa da motivação das decisões com o direito a ampla defesa, ao Duplo Grau de Jurisdição e a presunção de inocência, todos previstos constitucionalmente. A solução empregada torna o Tribunal do Júri ofensivo à lógica do *in dubio pro reo* e a outros valores defensivos, falhando em harmonizá-los.

Com a mudança proposta pelo Poder Executivo, o problema será ampliado, uma vez que impede a concessão do efeito suspensivo nas apelações, mesmo diante das hipóteses excepcionais. Hoje, pelo modo como é tratada pela jurisprudência dos tribunais estaduais, a análise do recurso sobre a condenação no Júri dificulta a devolução do mérito, evitando a concretização do Duplo Grau de Jurisdição. Se aderidas as mudanças propostas no anteprojeto do Ministério da Justiça, o cerceamento de direitos certamente se agravará, tornando obsoleto o recurso em comento e criando uma exceção informal ao já mitigado Duplo Grau de Jurisdição afeto à matéria.

Referências

- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais* [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal da República Federativa de Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.
- _____. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 20 fev. 2019.
- _____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Projeto de Lei anticrime*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 23 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Brasília, 2019. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/collective-nitif-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2019.
- CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. *Súmula nº 06*. As decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos. Fortaleza, 2004. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2015/07/sumulas.pdf>> Acesso em: 19 fev. 2019.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido

Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Súmula nº 28*. A cassação do veredicto popular por manifestamente contrário à prova dos autos só é possível quando a decisão for escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório, nunca aquela que opta por uma das versões existentes. Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/jt_sumulas/>. Acesso em: 19 fev. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. *Sumula nº 083*. Não pode ser considerada como manifestamente contrária à prova dos autos, a decisão do Conselho de Sentença que acolhe uma das teses apresentadas pelas partes, fundadas nos elementos probatórios. Recife, 2008 Disponível

em: <<http://www.tjpe.jus.br/documents/10180/0/-/08b9a5ff-0232-469a-bd24-d621219abf08>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Otávio Lacerda de Paula Silva

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

ORCID: 0000-0001-7455-2033

otaviolpsilva@gmail.com

Recebido em: 01.03.2019

Aprovado em: 11.07.2019

Versão final: 09.10.2019

Presumindo a ilicitude – uma análise da questão do enriquecimento ilícito no projeto de lei “anticrime”

Ludmila Carvalho Gaspar de Barros Bello e Luca Padovan Consiglio

Resumo: O presente artigo trata do recém-apresentado projeto da chamada Lei Anticrime, que ignora pressupostos penais e processuais penais e cria o artigo 91-A, o qual possibilita a perda de “bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito” para condenados por delitos de pena máxima superior a seis anos de reclusão, presumindo que tal patrimônio foi obtido ilegalmente ou como produto de crime.

Palavras-chave: Perdimento. Patrimônio. Projeto de Lei Anticrime. Ônus da prova. Sistema acusatório. *Ultima ratio*.

Segundo a perspectiva funcionalista de Roxin,⁽¹⁾ tem-se que a *raison d’être* do Direito Penal é, antes de qualquer outra, servir como instrumento de proteção aos bens jurídicos que nos são mais caros. Em outras palavras, qualquer delito – e, consequentemente, a pena a ele cominada – deve estar associado a uma lesão, ou a um perigo de lesão, a um bem jurídico definido. Esse delito corresponde necessariamente a uma ação típica, antijurídica e culpável. A palavra ação não está aí – como, aliás, nada está no Direito Penal – exercendo a função de mero acessório. Não cabe ao Direito Penal tutelar a mera existência de algo, e sim prever uma pena para uma conduta concreta, que cria o risco não permitido, gerando um resultado delitivo. Essa conduta e seu resultado, por sua vez, devem ser provados pela acusação. Esse último requisito é, aliás, o que nos separa dos tribunais eclesiásticos do século XII.

É que o sistema acusatório adotado no nosso Código de Processo Penal a partir da reforma trazida pela Lei 11.690/2008 determina, de forma clara e objetiva, que o ônus da prova caberá a quem alegar. Essa regra prevista no art. 156, somada à presunção de inocência insculpida no art. 5º, LVII, da CF, confere[ria] aos cidadãos a segurança de apenas ver sua “culpa” ou responsabilidade penal apurada se – conjunção subordinativa condicional obrigatória – demonstrada pela acusação.

Ou seja, conforme nos ensina Ferrajoli,⁽²⁾ à acusação cumpre o dever de produzir hipóteses e provas, enquanto que à defesa resta o direito, não a obrigação, de refutá-las com contra-hipóteses e contraprovas. Dessa forma, incumbe à parte acusadora demonstrar, para além de qualquer dúvida, a existência do fato

Abstract: The present article addresses the recently submitted Anti-Crime Bill, which ignores basic penal principles and creates article 91-A, which allows assets to be seized whenever an individual is sentenced to more than six years of imprisonment and the total worth of their properties or goods is not compatible to their lawful income, assuming that whatever is beyond that amount has been obtained illegally or as a product of crimes.

Keywords: Asset forfeiture. Anti-Crime Bill. Burden of proof. Adversary system. *Ultima ratio*.

criminoso – materialidade – e autoria, bem como o elemento subjetivo de dolo ou culpa.⁽³⁾

Nesse sentido, embora encontre alguma resistência,⁽⁴⁾ o entendimento majoritário da doutrina⁽⁵⁾ é pelo *actori incumbit probatio et réus in excipiendo fit actor*, cabendo à defesa provar tão somente as “exceções” que alegar, como causas excludentes de ilicitude e culpabilidade, jamais produzir provas negativas da não ocorrência, da não autoria ou ausência de intenção do delito. Ora, natural que a balança da produção de provas tenda a proteger o cidadão, visto que contra o acusado pende todo o aparato estatal, desequilibrando a relação entre as partes.

Curiosamente, o recém-apresentado projeto da chamada Lei Anticrime ignora todos esses pressupostos penais e processuais penais, impondo ao nosso Código Penal mais um dispositivo que reflete uma mentalidade de Direito Penal do inimigo. Sob o título de “Medidas para aprimorar o perdimento de produto de crime”, a proposta cria o artigo 91-A, que possibilita a perda de “bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito” para condenados por delitos de pena máxima superior a seis anos de reclusão.⁽⁶⁾

Logo em seu parágrafo primeiro, o novo artigo ressalva que a perda de tais bens está “condicionada à existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou a sua vinculação a organização criminosa”. O trecho chama mais atenção não pelo que diz, mas

pelo que deixa de dizer. Dele se infere que a única exigência que se faz é que o agente seja um “condenado”. O que não significa, portanto, que seja absolutamente necessário que a acusação prove que os bens sejam produto de ilícito. Associa, portanto, a figura de um condenado à de um inimigo, cujos bens supõem-se ser fruto de ilícito.

Dito de outra forma, essa não é uma previsão legal para o perdimento de bens produto de crime. Afinal, isso já está previsto na Lei Penal, no art. 91, inciso II, alínea “b”. O que se tem aqui é uma presunção de ilegalidade dos bens daquele que comete determinados delitos a partir de uma suposta incompatibilidade entre rendimentos e patrimônio, ainda que o nexos causal entre a conduta delitativa e o resultado – patrimônio ilícito – não tenha sido provado. Se se move como um coelho, atiro. Se for um cachorro, paciência. Ele que prove não ser um coelho.

É fácil perceber que o artigo 91-A faz com que, na prática, o agente seja condenado duas vezes. A primeira, pela ação criminosa cometida. A segunda, por ter um patrimônio suspeito, que pode ou não estar ligado à primeira. E pior, para que a segunda condenação não ocorra, deverá o agente produzir prova da compatibilidade ou licitude de seu patrimônio, em completa inversão ao sistema processual brasileiro. Caso não o faça, poder-se-á dizer que tal condenação será automática. Assim, o resultado alcançado pelo novo dispositivo seria virtualmente o mesmo obtido com a criação do tipo penal do enriquecimento ilícito, no qual pouco importa que crime antecedente praticou ou deixou de praticar o acusado. O que importa é que seu patrimônio parece ilícito. Nesse caso, a “conduta” seria a existência de um patrimônio “suspeito” e a pena seria seu perdimento, a não ser que o próprio acusado consiga provar sua inocência. Não tão distante dos tribunais do século XII, aliás.

Em julgamento recente no Tribunal Superior Eleitoral, o Ministro Edson Fachin repeliu a possibilidade de se presumir o enriquecimento ilícito. Muito embora o Recurso Ordinário 11.550⁽⁷⁾ naturalmente tratasse de matéria eleitoral, seu desfecho nos faz refletir a respeito da hipótese aqui tratada. Afinal, se o Direito Administrativo e Direito Eleitoral não admitem tal tese, por que deveria assim fazê-lo a *ultima ratio* do sistema punitivo? Ou seja, se não se admite a presunção para o ramo com menor grau de certeza, natural que também não seja autorizado aplicá-la à área mais “exigente”.

Em que pese a presunção rechaçada pelo Min. Fachin tenha surgido da falta de provas, de modo que até se poderia questionar se, caso fosse relacionado ao art. 91-A, do CP, o julgamento teria tido o mesmo final, certo é que até que a alteração seja feita no art. 5º, LVII, da CF – e não no Código Penal – a presunção fundada na inversão do ônus da prova será inconstitucional. De qualquer forma, o que se verifica, seja pela falta de prova, seja pela presunção de inocência, é a impossibilidade de se presumir o enriquecimento ilícito, transferindo ao acusado a carga probatória negativa.

Ademais, quanto ao bem jurídico, não há sinais de que o novo artigo com ele se preocupe. É óbvio que a mera existência de patrimônio incompatível com a renda não lesa coisa alguma, justamente porque não fica clara qual seria a ação lesiva praticada. Aquela pela qual o agente é condenado? Outra que se supõe que ele praticou? O bem jurídico é o mesmo do crime antecedente? Ou se trata de uma lesão a bem jurídico diverso, assim como na situação de lavagem de dinheiro? Nenhuma dessas perguntas parece ter resposta definida, ou mesmo possível.

Em suma, a criação do art. 91 – A é, na melhor das hipóteses, de extrema redundância, tendo em vista o que já está previsto

no art. 91 do Código Penal. O perdimento dos bens produtos de ilícito tem previsão legal. Na pior das hipóteses, no entanto, a proposta da Lei Anticrime no que tange à destinação de bens é de uma gravidade tremenda. Não apenas fere o que há de mais básico na dogmática penal moderna e nos pressupostos processuais penais do nosso ordenamento, como representa o esvaziamento da própria norma, funcionando tão somente como comando de política criminal ao priorizar uma suposta eficiência no combate à criminalidade fantasma em detrimento de conceitos básicos da teoria do delito e do processo penal.

Entretanto, punir mais – e punir sem motivo concreto – não está associado a punir melhor. A ilusão de que aumentar a repressão estatal de forma draconiana serviria para coibir a criminalidade já se provou falha há mais de trezentos anos, conforme apontou **Beccaria**.

É um grande retrocesso flexibilizar garantias penais e constitucionais para atingir um objetivo quixotesco como o de produzir uma legislação “anticrime”. O endurecimento da lei a esse ponto não resultará em um ganho social, e sim em uma perda de legitimidade geral.

Notas

- (1) ROXIN, Claus; CALLEGARI, André Luis (org.); GIACOMOLLI, Nereu José (org.). *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2018. pp. 17-18.
- (2) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 2. ed. Madri: Trotta. p. 152.
- (3) TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva. p. 575.
- (4) LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva. p. 549.
- (5) TOURINHO FILHO, op. cit., p. 575; PACELLI, Eugenio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Atlas. p. 355; NORONHA, E. Magalhães. *Curso de processo penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva. p. 116/117; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas. p. 258; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 344.
- (6) “Art. 91-A. No caso de condenação por infrações as quais a lei comine pena máxima superior a seis anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito. § 1º A decretação da perda prevista no caput fica condicionada à existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou a sua vinculação a organização criminosa. § 2º Para efeito do perdimento previsto neste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens: I - que estejam na sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal. § 3º O condenado terá a oportunidade de demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.» (NR)
- (7) TSE, Recurso Ordinário nº 11.550, rel. Min. Edson Fachin, j. 22.11.18.

Ludmila Carvalho Gaspar de Barros Bello

Mestranda em Direito Penal pela USP.

Bacharela em Direito pela USP.

ORCID: 0000-0001-9545-1813

ludmila.bello@usp.br

Luca Padovan Consiglio

Pós-graduando em Direito Penal e Criminologia pela PUCRS.

Bacharel em Direito pela Universidade

Presbiteriana Mackenzie. Advogado.

ORCID: 0000-0001-6090-1095

luca@dnfvadvogados.com.br

Recebido em: 01.03.2019

Aprovado em: 03.06.2019

Versão final: 10.07.2019

Homo sacer e Provocatio no pacote anticrime

Mariella Pittari

Resumo: O presente estudo visa conferir suporte ao instituto jurídico proveniente do Direito Romano denominado *provocatio*. Contudo, diversamente do disseminado *provocatio ad populum*, a *provocatio* da qual aqui se trata consiste na conclamação aos cidadãos para que insurjam-se diante da arbitrariedade estatal a ser perpetrada por agentes do Estado. A ressurreição do instituto presta-se a proteger a vida do *homo sacer*, contingente de cidadãos alijados da proteção à vida e desprovidos de mecanismos jurídicos para afirmar seus direitos. Será demonstrado que a tentativa de reinserção das excludentes de ilicitude no pacote anticrime, em discussão nas casas legislativas, reforça a crença de facções políticas alinhadas ao pensamento “vidas que não merecem ser vividas”.

Palavras-chave: *Homo sacer*. *Provocatio*. Expansão das causas excludentes de ilicitude.

1 Introdução

O Estado Brasileiro atravessa uma crise sacrificial ainda por ser resolvida, sem solução para o “excesso insuportável” decorrente da politização da existência mesma e da “rivalidade mimética” que a acompanha.⁽¹⁾ Em continuidade ao acirramento da tensão dialética do discurso político, encontra-se a expansão das excludentes de ilicitude no instituto da legítima defesa. Nesse aspecto, impõe-se algumas considerações acerca do projeto de lei apresentado pelo Ministério da Justiça e a emergência no âmbito jurídico de “vidas que não merecem ser vividas”.⁽²⁾ Sobretudo no que diz respeito à possibilidade de invocação da legítima defesa em caso de excesso doloso, durante a realização de “operações policiais”, com a subsequente não aplicação da pena.⁽³⁾

Trata-se de consolidar através de atos legislativos a emergência do *homo sacer*, figura ambígua entre o sagrado e o secular do Direito Romano.⁽⁴⁾ A configuração primitiva da condição de *homo sacer* remete à *lex Valeria* de 509 a.C., na qual dispunha-se acerca da sacralidade da pessoa e dos bens dos que atentassem contra os poderes monárquicos. Na definição de **Luigi Garofalo**: “La comunità cittadina, lungi dall’avvertire la necessità dell’uccisione dell’*homo sacer*, [...], limitandosi ad assicurare la liceità dela sua messa a morte attraverso il meccanismo dell’impunità”.⁽⁵⁾

Assim, uma das consequências advindas de alguém lançado à condição de sacralidade é a retirada de qualquer proteção jurídica, permitindo que qualquer um atente contra a vida daquele reputado *sacer esto*. O elo que une o *homo sacer* dos tempos mais remotos e a permanência de uma vida nua no critério *biopolítico*, *bare life*,⁽⁶⁾ incide na distinção entre diferentes categorias de pessoas gozando de diferentes status, naturalizando a politização de vidas sem direitos.

Como contraponto à tal exposição da “vida nua”, propõe-se aqui resgatar o instituto da *provocatio*, cujo alcance escapa àquele definido como *provocatio ad populum*, o de convocação popular para que as pessoas decidam pelo indivíduo.⁽⁷⁾ O

Abstract: This study aims to provide support to the legal institution from the Roman Law called *provocatio*. However, unlike the disseminated *provocatio ad populum*, the *provocatio* presented in this work involves calling on citizens to rise up against state arbitrariness to be carried by law enforcement officials. The rebirth of the institution is justified for protecting the *homo sacer*, a contingent of citizens who have been excluded from the protection of life and also deprived of enjoying their rights through legal mechanisms. It will be demonstrated that the attempt to expand the causes of justification on self-defense in the anticrime package – under consideration in the legislative houses – reinforces the belief of political factions aligned with the thought of “lives not deserving to be lived”.

Keywords: *Homo sacer*. *Provocation*. Expansion self-defense justifications

sentido pouco comentado da *provocatio* consistiria em convocar o aglomerado de cidadãos para que saiam de suas casas e acompanhem a arbitrariedade estatal a ser praticada. Enquanto instituto vivo e em mutação, a *provocatio* possuía um arranjo bem diferente da compreensão à mera submissão ao tribunal popular.⁽⁸⁾ Nesse sentido, *quiritare* indicava um bramido para que a multidão viesse a oferecer ajuda ativa.⁽⁹⁾

2 Vox una vindex libertatis: uma só voz em defesa da liberdade

O intuito do ato performativo de provocar consistia em clamar à multidão, aos cidadãos, para que deixassem suas casas e fossem ao amparo do cidadão prestes a ser executado. Em uma das passagens dos livros de **Tito Lívio**⁽¹⁰⁾ narra-se um episódio no qual *Volero Publilius* conclama aos seus pares: “provoco et fidei imploro Adeste, cives; adeste commilitones; nihil est quod exspectetis tribunos quibus ipsis vestro auxilio opus est”.⁽¹¹⁾ Portanto, funcionaria a *provocatio* como um apelo para proteção física direcionada à multidão, para que partissem ao amparo do cidadão na iminência de ter sua vida vilipendiada por alguém agindo sob autoridade estatal.⁽¹²⁾ Já na passagem de **Horácio**, apresenta-se outra versão para o instituto da *provocatio*, na qual Horácio mata a própria irmã ao retornar da batalha e encontrá-la em lamento diante da morte do seu noivo e rival de Roma, iniciando-se o *duumviri*.⁽¹³⁾ O *duumviri* representa a necessidade de um duplo juízo quando se está diante de questões de jurisdição que envolvem parricídio e *perduellio*, em crimes de maior gravidade.⁽¹⁴⁾ Nesse caso, o apelo teria por intuito levar à plebe a decisão última acerca da manutenção da vida do acusado, quando ceifá-la compromettesse de algum modo a popularidade do governante. Justifica-se o resgate do pretérito instituto diante dos riscos da admissão do excesso doloso como causa justificadora, propondo-se o emprego da *provocatio* direcionada à multidão, para que qualquer um do povo funcione como agente investigador da pertinência da violência policial contra um cidadão. Porquanto, positivar um conteúdo semântico que escapa ao conceito de defesa legítima

resvala em liames não adstritos ao Direito Penal, vez que um processo penal que tem por paradigma “autos de resistência” não pode ser caracterizado por democrático. Por conseguinte, o processo penal teria seu deslinde ainda mais comprometido ao longo da instrução, diante da produção unilateral dos referidos “autos de resistência”, sem qualquer participação do povo em sua produção. Mesmo a previsão constitucional do tribunal do júri para crimes dolosos contra a vida resta afetada diante de entendimentos jurisprudenciais que admitem o arquivamento do inquérito ou o não recebimento da denúncia com suporte na justificante da legítima defesa.⁽¹⁵⁾

A razão do resgate do instituto proveniente do Direito Romano se deve à subversão da causa mesma de invocação da legítima defesa, qual seja, a de autorizar a tutela privada diante da ausência de Estado.⁽¹⁶⁾ O emprego da legítima defesa como mecanismo estatal de eliminação do outro requer um remédio à altura, pois são cenas que se desenrolarão nos becos, nos espaços escuros e contra um contingente populacional carente de voz. Por isso recorre-se à etimologia da palavra *provocare*, *quiritare*: “chamar para fora”.

O esvaziamento de direitos fundamentais no plano infraconstitucional é intransponível, a ponto de esvaziar não apenas o devido processo legal no âmbito penal, erodindo a própria missão estatal de proteção da vida como bem jurídico. O fenômeno jurídico não pode ser percebido isolado do contexto social que subjaz a ele. Não obstante as palavras generalizantes que a lei emprega, resta indubitável quem será o sujeito passivo da ofensa para qual o Estado elenca as hipóteses de excludentes de ilicitudes. É o *homo sacer*, são pessoas de cuja vida a proteção jurídica é eliminada, permitindo que qualquer um possa matá-las. Se agentes do Estado se deparam com tais indivíduos e lhes ceifam a vida, a consequência penal não sobrevém. Ao efetuar-se um estudo comparado acerca dos institutos do Direito Romano da *provocatio* e das origens remotas da legítima defesa, localiza-se a figura do *homo sacer* como peça central de um Estado de exceção, no qual fato e norma coincidem de maneira sincrônica. Pois para todas as exceções do sistema que então se impunha, abre-se uma nova regra para alocar a situação aberrante. Qualquer um do povo estaria autorizado a intervir diante do *provoco*; pois, estando-se diante de uma iminente agressão à vida sem a precedência de um processo, facultar-se-ia ao povo alguma forma de ação.

Como resultado da aplicação do instituto do *provoco*, o cidadão provocado sairia da condição de prova do processo para lançar-se à verdadeira condição de juiz dos fatos, oferecendo uma acurada descrição dos eventos em condição superior à de mera testemunha. O intuito de alterar a dinâmica do processo penal para compreender a figura do cidadão provocado se deve a várias razões. Como razão primeira, a de fazer cumprir o preceito constitucional de proteção da vida (art. 5º, *caput*, CF); além da proibição de submissão à tortura, tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, CF), cabendo ainda invocar a proibição da instituição de pena de morte salvo no caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, CF). A segunda justificativa consiste em conferir poderes equivalentes àqueles que autorizam que qualquer um do povo prenda quem se encontre em situação de flagrante delito (art. 301, CPP). Por

último, cumpre trazer um argumento lógico, caso ampliem-se as situações que comportam invocar legítima defesa. Quando o Estado passa a utilizar a legítima defesa de maneira transversa, ofendendo o cidadão ao invés de possibilitar a proteção de bens jurídicos em situações de excepcional ausência, necessário que alguém do povo possa controlar a perpetração da conduta. Portanto, tomando por empréstimo um instituto de Direito Romano, cujo uso destinava-se a deixar ao povo a decisão de controlar uma conduta entendida pelo cidadão como arbitrária, abre-se uma via de controle popular do fato típico por agentes do povo.

A propósito do tema, a primeira indagação que surge ao deparar-se com um estudo comparado cujas fontes apartam-se em séculos, senão milênios, consiste em responder pela necessidade de tal conexão.⁽¹⁷⁾ Justifica-se regressar aos primórdios do Direito Romano, pois o poder soberano de decidir sobre vida ou morte retroage à *patria potestas*, do qual também falava **Hobbes**, de transferir ao príncipe o direito natural sobre a própria vida.⁽¹⁸⁾ De **Beccaria** a **Foucault**, seja na vertente do controle psíquico do proletariado inservível, seja estabelecendo limites à barbaridade, pensou-se que o progresso de um sistema punitivo hermético e devidamente higienizado pelo discurso jurídico impediria o retorno à pulsão atávica de morte da sociedade. Todavia, tais expectativas do Iluminismo mostram-se frustradas pela erosão de conceitos aglutinadores de ideais jurídicos como o primado da dignidade humana e a imanência de direitos sociais dos quais todos os cidadãos seriam intitulados.

Em seu lugar, o posicionamento do inimigo como elemento de coesão social de um grupo em relação ao outro.⁽¹⁹⁾ Portanto, diante do tratamento que passa a ser conferido ao grupo eleito por inimigo impõe-se o retorno às categorias de pensamento que pareciam superadas pelo jogo democrático. Ao estabelecer-se uma Constituição, fixando preceitos mínimos de convívio social, erigidos em direitos e garantias fundamentais, em arranjo a compromissos internacionais de caráter cogente, parecia não ser possível o regresso a uma situação que precedesse o consenso mínimo. Entretanto, a disseminação do medo e do ódio incita o suporte a novos contornos no tratamento da vida humana, sobretudo no aspecto penal de proteção a bens jurídicos, impondo que categorias jurídicas esquecidas nos escaninhos do tempo sejam resgatadas.

As causas de justificação da legítima defesa remetem-se a passagens da própria bíblia, no Êxodo (22,1), bem como à compreensão de que a vida humana era o valor último a ser protegido. Logo, o núcleo central da legítima defesa constituiu-se em agir para salvar a própria vida.⁽²⁰⁾ Não cabe aqui discorrer acerca de todos os aspectos que definem a legítima defesa, vez que tal trabalho doutrinário e jurisprudencial exigiria que se escapasse ao tema do qual ora se trata. Cumpre aqui ponderar se as políticas legislativas propugnadas condizem com o instituto penal ora em apreciação.⁽²¹⁾

A figura do *homo sacer* remonta às reminiscências da política teológica.⁽²²⁾ Uma vez que o vocabulário político deriva do vocabulário religioso, e que em algum momento a relação de não pertencimento situava-se em zona de indistinção, difícil era distinguir a *imolatio*, a *consacratio*, e outras formas de cerimônia, da mera punição. Necessário situar também a ideia

de pena, cujo sentido e fundamento se alteraram ao longo dos séculos. Da mera ordem de execução à morte, perpassando pelos suplícios e o encarceramento, punir recebe diversas concepções, a depender de como a vida é contextualizada para um dado grupo.

No método político de Foucault,⁽²³⁾ a *governamentalidade* requer um tratamento *biopolítico* do contingente humano, através da vigilância e da classificação do ser humano como categoria probabilística. A vida importa em números, em percentuais pautados no utilitarismo, na ideia de extração do máximo proveito. Contudo, é bem verdade que se elege quais são os agrupamentos classificados como descartáveis, e, portanto, tratados em frações de perdas no sistema de vigilância, daqueles que recebem o tratamento de exclusividade.

Conclusão

Para o êxito do programa de seleção dos indesejados elegem-se alguns critérios: cor, classe social e localização geográfica. Para conferir a sutileza que os códigos jurídicos requerem, empregam-se enigmas de identificação e individualização. Assim, o preceito abstrato contido no tipo penal não pressupõe quais sujeitos praticam determinados crimes, tampouco o rito procedimental que lhes será imposto, medidas cautelares de prisão – são todos aspectos que serão delimitados quando o sujeito ativo do crime for identificado. Mesmo o tipo penal e o eventual conflito aparente de leis penais apenas serão definidos quando identificado o estamento social do qual provém o sujeito ativo. Assim, se alguém é surpreendido em posse de dez pedras de crack, sua condição de traficante ou usuário dependerá do quão estigmatizado é o agente, ainda que o art. 42 da lei 11.343/06 assim não o diga.

A crença de que o Direito Penal abandonou o conceito de Direito Penal do autor consiste em quimera positivista, pois o Direito Penal jamais se desprende do seu aspecto seletivo. Porém, é imperioso destacar que um retorno tão efusivo a um tratamento completamente díspar entre pessoas implica a manifestação de um Direito Penal totalitário. Mesmo a possibilidade de “negociar” a pena ignora a disposição assimétrica de poderes dos quais as pessoas dispõem para barganhar.⁽²⁴⁾ Por isso, retorna-se à relevância da compreensão de Agamben acerca do conceito de vida nua e da separação de duas categorias de vida, *zōe* e *bios*, para implementar em consonância com a Constituição o direito à *provocatio*.

Notas

- (1) O presente texto desenvolve-se tendo por premissa duas obras fundamentais no que diz respeito à crise sacrificial e ao excesso insuportável. Conferir GIRARD, René. *The scapegoat*. Trad. Yvonne Freccer. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1986. Ainda SANTNER, Eric L. *The royal remains: the people's two bodies and the endgames of sovereignty*. Chicago: University of Chicago Press, 2012. p. 30.
- (2) BINDING, Karl; HOEHE, Alfred. *Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*. Leipzig: Felix Meiner, 1920. A obra institui o conceito de vidas que não merecem ser vividas, tendo servido de inspiração às práticas médicas nazistas e sua expansão para abranger os judeus como merecedores da solução final. Conferir ainda ALEXANDER, L. Medical science under dictatorship. *The New England Journal of Medicine*, v. 241, n. 2, p. 39, 1949.
- (3) A inserção dar-se-ia através de mais um parágrafo no art. 23 do CP, no qual a pena poderia deixar de ser aplicada mesmo se o excesso for doloso. Além

disso, o art. 25 conteria a previsão de alongar o lapso temporal no qual o agente policial age sob o manto da legítima defesa. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550594052.63/pl-mjsp-medidas-contra-corrupcao-crime-organizado.pdf>>.

- (4) Ver BENNETT, Harold. Sacer esto *Transactions and Proceedings of the American Philological Association*, v. 61, p. 6, Baltimore: Johns Hopkins University Press, American Philological Association, 1930.
- (5) GAROFALO, Luigi. *Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e repubblicana*. 2. ed. Padova: CLEUP, 1992.
- (6) AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: Sovereign power and bare life*. Palo Alto: Stanford University Press, 1998. Na obra, traçando distinção entre os conceitos gregos *bios* e *zōe* delimita-se a politização da vida nua.
- (7) MOMMSEN, Theodor; DORADO MONTERO, Pedro. *El derecho penal romano*. Madrid: La España Moderna, 1898. p. 145-160.
- (8) Especial atenção foi dedicada ao estudo do professor BOJANIĆ, Petar D. *Violenza e convivenza*. Roma: Aracne, Atti sociali, atti non-sociali (nichtsoziale Akte), azioni negative e a-sociali, 2017.
- (9) OGLIVIE, Robert Maxwell. *A commentary on Livy*. Oxford: Clarendon Press, 1965. p. 300. Refere-se ao período 495 d.C., 2.23.8 em Tito Lívio.
- (10) LIVY, Titus. *The history of Rome*, Books 1-5 Trad. Valerie M. Warrior. Indianapolis: Hackett, 2006. p.151.
- (11) Passagens em latim retiradas de Cloud, Duncan. The origin of provocatio (L'origine de la provocatio). *Revue de Philologie, de Littérature et d'Histoire Anciennes*, v. 72, n. 1, p. 2.
- (12) LINTOTT, Andrew William. *Provocatio: From the Struggle of the Orders to the Principate*. Berlin: De Gruyter, 1972. p. 229-230.
- (13) Em BAUMAN, Richard A. *The duumviri in the Roman criminal law and in the Horatius legend*. n. 84. F. Steiner, 1969. Conferir ainda WATSON, Alan. The death of Horatia. *The Classical Quarterly*. v. 29, n. 2, p. 436-447, 1979.
- (14) Corroborando a linha de pesquisa de A. W. Lintott: “In this and other examples cited by Lintott a citizen appeals, not to the assembly, but to the crowd which in this case, though not invariably, supports the citizen.” CLOUD, op. cit.
- (15) REsp 1689804, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª turma, julgado em 17/10/2017, DJe 27/10/2017.
- (16) GALLO, Ignazio Marcello. *Diritto penale italiano: Appunti di parte generale*. v. 1, Turin: Giappichelli Editore, 2014. p. 320.
- (17) WATSON, Alan. *Roman law & comparative law*. University of Georgia Press, 1991. p. 97-110. Do mesmo autor, conferir ainda *Legal origins and legal change*. New York: A&C Black, 1991, p.115-128, sobre a origem do *perduellio*.
- (18) FOUCAULT, Michel. *The history of sexuality: an introduction*. v. 1. Trad. Robert Hurley. New York: Pantheon, 1978. p.135.
- (19) ŽIŽEK, Slavoj; SANTNER, Eric L.; REINHARD, Kenneth. *The neighbor: three inquiries in political theology*. Chicago: University of Chicago Press, 2013. p.11.
- (20) FLETCHER, George P. *Grammatica del diritto penale*. Bologna: Il mulino, 2004. p. 211-212.
- (21) MELOSSI, Dario. *Stato, controllo sociale, devianza: teorie criminologiche e società tra Europa e Stati Uniti*. Milano: Bruno Mondadori, 2002. p. 215-238.
- (22) BURKET, Walter; GIRARD, René; SMITH, Jonathan Z. *Origini Violente: uccisione rituale e genesi culturale*. Milan: Giuffrè, 2018. p. 37.
- (23) FRANKENBERG, Günter. *Political technology and the erosion of the rule of law: normalizing the state of exception*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2014.
- (24) BROWN, Darryl K. *Free market criminal justice: how democracy and laissez faire undermine the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 91.

Mariella Pittari

Mestranda em Direito Comparado, Economia e Finanças pela IUC, Universidade de Turim.

Master of Laws Cornell University.

Bacharela em Direito pela UFBA.

Defensora Pública do Estado do Ceará.

ORCID: 0000-0002-3170-1294

pittariamariella@gmail.com

Recebido em: 01.03.2019

Aprovado em: 03.06.2019

Versão final: 11.07.2019

O “segredo” da imparcialidade do juiz criminal

Paulo Saint Pastous Caleffi

Resumo: O presente artigo versa sobre a necessidade de o juiz criminal exercer sua atividade jurisdicional de maneira imparcial e comprometida com as regras estabelecidas no sistema processual penal brasileiro. No atual contexto nacional em que se investe sobremaneira em relativizações de garantias fundamentais e em falsas soluções punitivistas, torna-se imprescindível que a persecução penal esteja alicerçada nos princípios consagrados na Constituição de República de 1988. Dessa maneira, pretende-se demonstrar que a atuação orquestrada entre o juiz criminal e o órgão acusatório compromete irreparavelmente a legitimidade dos atos decisórios praticados, independentemente de qual seja a extensão dos seus efeitos.

Palavras-chave: Processo Penal. Garantias Constitucionais. Imparcialidade do juiz Criminal.

Introdução

As mensagens divulgadas pelo *The Intercept Brasil*, supostamente trocadas pelo então juiz Sérgio Moro e pelo procurador da república Deltan Dallagnol, se tornaram tema preponderante entre os operadores do Direito. O conteúdo de tais mensagens, como amplamente divulgado, demonstraria, em tese, que os procedimentos a serem adotados no âmbito da operação Lava Jato eram cuidadosamente orquestrados entre ambos. Diante disso, uma questão que parecia há muito superada e pacificada, emergiu novamente em nosso cotidiano jurídico: a imparcialidade do juiz criminal.

Desde já, ainda que o atual ministro da Justiça e o ilustre procurador da república jamais tenham demonstrado maior apreço pela presunção de inocência, resta indispensável que o aludido princípio seja observado na presente situação, de modo que, antes do encerramento da necessária apuração, não se estabeleça como verdadeiro o teor da divulgação realizada.

Nesse quadro, partindo da premissa de que a atuação conjunta entre juiz e acusador nos procedimentos criminais importa em grave violação ao devido processo legal, denota-se ser de alta relevância revistarmos a garantia da imparcialidade do juiz criminal e os meios para a sua efetivação.

Revisitando a garantia da imparcialidade do juiz criminal

Conforme verificaremos, a posição equilibrada que o magistrado deve ocupar durante o processo sustenta-se na ideia reitora do princípio do Juiz Natural – garantia das partes e condição de eficácia plena da jurisdição – que consiste na combinação de exigência da prévia determinação das regras do jogo (reserva legal peculiar ao devido processo legal) e da imparcialidade do julgador, tomada a expressão no sentido estrito de estarem seguras as partes quanto ao fato de o juiz não ter aderido *a priori* a uma das alternativas de explicação que o autor e o réu reciprocamente contrapõem durante o processo.⁽¹⁾

A necessidade de superação de um modelo processual

Abstract: This article deals with the need for the criminal judge to exercise his jurisdictional activity in an impartial manner and committed to the rules established in the Brazilian criminal procedural system. In the current national context, where there is a heavy investment in relativizations of fundamental guarantees and false punitive solutions, it is essential that criminal prosecution be based on the principles enshrined in the 1988 Constitution. Thus, it is intended demonstrate that the orchestrated action between the criminal judge and the prosecution irreparably compromises the legitimacy of the decision-making acts regardless of the extent of their effects.

Keywords: Criminal Proceedings. Constitutional Guarantees. Impartiality of the Criminal Judge.

de feição inquisitiva trouxe como consequência mais importante do advento do sistema acusatório a preocupação com a imparcialidade do juiz. Nessa linha, **Faustino Cordon Moreno** afirma que a aludida condição (imparcialidade) é uma garantia da função jurisdicional que, entendida em sentido amplo, se caracteriza pela soma dos seguintes fatores: “[...] a) *En primer lugar, la neutralidad. El juez no puede ser parte en el litigio en que actúa, sino que está llamado a resolver un problema o conflicto intersubjetivo (entre sujetos particulares o entre éstos y el estado) surgido en el ámbito social, colocándose frente al mismo como un tercero, que no crea por sí el problema, sino que lo examina y resuelve, aplicando la ley (el derecho objetivo).* b) *En segundo lugar, el desinterés o imparcialidad en sentido estricto. Los jueces, desde la posición de terceros que ocupan, deben ser extraños o ajenos tanto a los sujetos que intervienen en el litigio, sin inclinarse a ninguno de ellos, como al mismo objeto litigioso y, por tanto, deben carecer de interés alguno en que el litigio se resuelva a favor de cualquiera de los contendientes o de una u otra manera*”.⁽²⁾

Portanto, a imparcialidade ou a neutralidade que caracteriza o conceito “juiz” não é um elemento inerente a qualquer organização judicial, mas um predicado que precisa ser construído, não se constituindo como um privilégio dos juízes, mas sim de regras de garantia do acusado. Conforme a lição de **Julio Maier**, “*la imparcialidad no se logra, como la independencia judicial, positivamente, rodeando al juez de ciertas garantías que impidan, abstractamente, interferencias de los poderes políticos, incluso del propio poder judicial, a la hora de decidir, sino – por así expresarlo – negativamente, excluyendo del caso al juez que no garantiza suficientemente la objetividad de su criterio frente a él. Por lo tanto, tampoco se trata aquí de criterios generales que regulan la función de juzgar o su relación con los poderes del Estado, sino, por el contrario, de la relación específica de la persona física encargada de juzgar con el caso concreto sometido a su juicio*”.⁽³⁾

Dessa maneira, quando o juiz inicia a sua atividade jurisdicional, não apenas regula a participação das partes, mas torna-se o destinatário de todas as informações relevantes que são levadas ao processo, ou seja, a acusação e a defesa produzem prova para aquele juiz a quem tentam convencer, acreditando que a partir destas e de seus argumentos formarão a sua convicção, ou, pelo menos, contribuirão na elaboração dela, de modo que a decisão vá de encontro aos seus interesses. E, assim, estabelecendo-se um regramento similar ao sistema *adversary*,⁽⁴⁾ em que se incumbe às partes toda a iniciativa e controle da aquisição dos elementos de provas e, ao juiz, apenas a tarefa de supervisionar a seleção do material a ser apresentado aos jurados quando do julgamento. Trata-se, pois, de um mecanismo característico do sistema acusatório, cuja função é fundamental não somente para uma apuração mais correta dos fatos, mas, principalmente, para atestar a correção do debate dialético entre as partes e a legitimação das decisões.

Não por outro motivo, **Miranda Coutinho** afirma que o cerne do problema está justamente nos detentores do poder, uma vez que “a escolha inquisitorial é determinada pela imagem – quiçá a primeira – tomada como possível, como real, como verdade: eis o quadro paranoico. Disso resulta o panorama de que se decide antes e depois raciocina-se sobre a prova para testar a escolha”.⁽⁵⁾ Resta à evidência, portanto, que apenas diante de uma postura imparcial em relação às partes e garantidora dos atos processuais poderá ter o julgador a legitimidade necessária para decidir de acordo com seu livre convencimento,⁽⁶⁾ sem que tenha participação direta na produção probatória ou nas diligências persecutórias.

Assim, é necessário ter presente que a decisão judicial não é uma declaração de verdade, não é uma certidão do que ocorreu no mundo fático, mas uma manifestação na qual se pode crer, com base naquilo que consta nos autos do processo. Desse modo, **Lopes Jr.** destaca que “o juiz consciente não se deixa levar pelos juízos imediatos e tampouco pelos julgamentos apriorísticos, de ‘antes da experiência’. Deve experimentar as teses acusatória e defensiva à luz da prova trazida, evitando os pré-julgamentos, guardando o ato decisório, de eleição das teses apresentadas, para o momento correto”.⁽⁷⁾

Dessa maneira, evidencia-se que a imparcialidade é inerente à própria atividade de julgar, é um elemento essencial do direito a um processo justo, razão pela qual o magistrado deve estar sempre vinculado aos preceitos constitucionais como forma de não incidir em arbitrariedades e, por consequência, consolidando a crença na presunção de inocência e no devido processo legal.

Considerações Finais

Diante do exposto, denota-se que os juízes devem permanecer equidistantes das partes atuantes no processo criminal (Ministério Público e defesa), sem se inclinar ao interesse de um ou de outro. Seu único objetivo – determinado pela sua atribuição – é que a decisão a ser proferida atente aos devidos preceitos legais, restando desconectada de qualquer espécie de condicionamento ou influências externas.

Por isso, na sua decisão, o julgador apenas poderá ter em conta os fatos alegados pelas partes e as provas por

elas produzidas; tudo quanto esteja para além disso pode quando muito servir para esclarecimento de um fato alegado ou para avaliação da consistência de uma prova produzida, mas em caso algum pode surgir como fundamento autônomo da decisão. Obviamente, não há como o juiz deixar de carregar consigo as concepções pessoais resultantes da sua própria humanidade,⁽⁸⁾ contudo, é seu dever buscar controlar quaisquer traços que possam denotar eventual parcialidade nas suas decisões.

Em resumo, a lição de **Francesco Carnelutti**: “Como pode fazer o juiz ser melhor daquilo que é? A única via que lhe é aberta a tal fim é aquela de sentir a sua miséria: precisa sentirem-se pequenos para serem grandes”.⁽⁹⁾ Eis o “segredo” da imparcialidade do juiz criminal.

Notas

- (1) PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 109.
- (2) CORDON MORENO, Faustino. *Las garantías constitucionales del proceso penal*. Elcano: Aranzadi, 1999. p. 101.
- (3) MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. p. 742.
- (4) Antonio Magalhães Gomes Filho explica o aludido sistema: “[...] Todas as provas devem ser produzidas e apresentadas ao Júri na audiência; no day in court são concentradas todas as atividades processuais tendentes à formação do convencimento dos julgadores; de outro lado, as informações obtidas nas fases preliminares, sem o contraditório, simplesmente não podem ser levadas ao conhecimento dos jurados. Por isso, é também evidente a preponderância da prova testemunhal (que inclusive serve de meio para a introdução da perícia e de eventual depoimento do acusado) sobre a documental, e, ainda, assume importância capital o método de exame cruzado (cross examination) das testemunhas”. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 140.
- (5) MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Anuário ibero-americano de direitos humanos*. 2001/2002. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 185.
- (6) Acerca do livre convencimento, José Frederico Marques leciona: “Em primeiro lugar, o livre convencimento não significa liberdade de apreciação das provas em termos tais que atinja as fronteiras do mais puro arbítrio. Esse princípio libertou o juiz, ao ter de examinar a prova, de critérios apriorísticos contidos na lei, em que o juízo e a lógica do legislador se impunham sobre a opinião que em concreto podia o magistrado colher; não o afastou, porém, do dever de decidir segundo os ditames do bom senso, da lógica e da experiência. O livre convencimento que hoje se adota no direito processual não se confunde com o julgamento por convicção íntima, uma vez que o livre convencimento lógico e motivado é o único aceito pelo moderno processo penal”. MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 1. ed. São Paulo: Bookseller, 1997. p. 278.
- (7) LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 506.
- (8) Acerca do processo cognitivo inerente à atividade judicante, Alexandre Moraes da Rosa assevera que a “consciência plena é ilusória” e que é necessário ir ao encontro de um juiz humano, portador de subjetividades e desejos. “Não se trata de adotar a psicologia do eu [...] mas de reconhecer a influência do inconsciente”. ROSA, Alexandre. *Decisão penal: a bricolagem de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 172-173.
- (9) CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Campinas: Conan, 1995. p. 34-35.

Paulo Saint Pastous Caleffi

Mestre e especialista em Ciências Criminais pela PUCRS.

Advogado.

ORCID: 0000-0003-2146-4421

paulo@spcaleffi.com.br

Recebido em: 25.06.2019

Aprovado em: 02.08.2019

Versão final: 08.10.2019

Execução penal e discurso do ódio: a relativização de garantias e direitos fundamentais em estabelecimentos penais federais e breves comentários ao Projeto de Lei Anticrime

*Luciano de Oliveira Souza Tourinho, Paloma Gurgel de Oliveira
Cerqueira e Camila Miranda Vidigal*

Resumo: O presente estudo tem como objeto a exposição e análise das garantias e direitos fundamentais e sua relativização nos estabelecimentos federais do Estado Brasileiro, considerando suas características e passando pela exposição de novas medidas restritivas dissonantes da ordem constitucional e dos tratados de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário. E neste último ponto identificamos a justificativa da relevância temática. A inclusão e manutenção de presos em estabelecimentos penais não deveria romper os laços familiares, sobretudo porque a família tem sua unidade constitucional garantida. Além disso, a legislação garante aos presos o respeito à integridade física e moral. A metodologia de pesquisa utilizada é bibliográfica e de campo. O objetivo geral deste trabalho é demonstrar a fundamentação legal garantidora de direitos dos apenados nos presídios federais brasileiros. Os objetivos específicos são: expandir o debate acerca do tema a fim de compreender a evolução histórica de conquistas de direitos nesta área bem como colaborar com a exposição, a fim de somar vozes pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais nesses estabelecimentos. Dentre as conclusões, destaque-se que a custódia no Sistema Penitenciário sem a observância de direitos essenciais gera alta afetação da integridade psicofísica dos detentos, submetendo-os a malefícios que não se limitam à privação de liberdade.

Palavras-chaves: Direitos fundamentais. Presídios federais. Direitos humanos.

Introdução

Recentemente, o Projeto de Lei Anticrime do Ministério da Justiça, conhecido como o conjunto de propostas decorrentes do Executivo Federal no sentido de alterar o Código Penal, o Código de Processo Penal, o Código Eleitoral e outras leis penais extravagantes, despertou a atenção para questões de extrema importância relacionadas à segurança pública e às medidas possíveis de implementação no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de atender a uma suposta necessidade de maior rigor, com ênfase em delitos como corrupção, crime organizado e crimes praticados com grave violência à pessoa.

Dentre as medidas propostas no referido Projeto, há mudanças na lei de transferência e inclusão de presos federais sobre a competência cível do juízo federal das execuções penais, a generalização de regime disciplinar rigoroso, a duração, as decisões colegiadas e a construção de novos estabelecimentos de segurança máxima.

Em síntese, conforme exposto por **Távora e Alencar** (2019), vale destacar que sobre a competência cível do juízo federal das execuções penais, a mudança seria no sentido de que o juiz

Abstract: The present work has as object of study the exposition and analysis of the guarantees and fundamental rights in and your federal State establishments relativization Brazilian, considering their characteristics, through the exhibition of new measures dissonant restrictive constitutional order and Human Rights Treaties of which Brazil is a signatory. And this last point we identify the rationale of thematic relevance. The inclusion and maintenance of prisoners in penal institutions shouldn't break the family ties, especially since the family has your guaranteed constitutional unit. In addition, the legislation guarantees prisoners due respect the physical and moral integrity. The research methodology used is bibliographical and field. The general objective of this work is to demonstrate the rationale for guaranteeing legal rights for apenados in federal prisons. The specific objectives are: to expand the debate on the subject in order to understand the historical evolution of human rights achievements in this area as well as collaborate with the exhibition, in order to add voices for the effectuation of the fundamental rights and guarantees in these accommodation. One of the conclusions of this study, highlighted that the custody in the prison system without the observance of essential rights generates high affectation of the psychophysical integrity of prisoners, subjecting them to the evils that are not limited to deprivation of liberty.

Keywords: Fundamental rights. Federal prisons. Human rights.

federal de execução penal, automaticamente e em desacordo com a competência delimitada pela lei específica, seja também “*competente para toda ação de natureza cível ou penal que tenha por objeto fatos ou incidentes relacionados à execução*”.

Quanto à generalização de regime disciplinar rigoroso, o anteprojeto sugere uma espécie similar ao “*regime disciplinar diferenciado*”, agregando vários enunciados.

Quanto à duração, a renovação do tempo de permanência no aludido regime é prevista de maneira vaga, conferindo amplos poderes ao juiz que estiver conduzindo o processo de execução penal.

Sobre as decisões colegiadas, já há lei específica disciplinando a possibilidade de instauração de colegiado de primeiro grau (a Lei 12.694/2012), o que resulta em pretensão de sobreposição normativa. Por fim, a construção de novos estabelecimentos de segurança máxima, destacam os mencionados autores, é uma previsão inteiramente deslocada do objeto da Lei 11.671/2008), pois refere-se “*a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima*”, dando “*outras providências*”, e que não visa autorizar gastos.

As propostas apresentadas conduzem a uma situação de risco a determinados direitos e garantias fundamentais, sob o argumento de alcançar a efetividade da persecução criminal, seja no que se refere à investigação e à ação penal, seja no curso da execução penal. Nesse aspecto, uma breve análise das garantias e direitos fundamentais é suficiente para verificar sua relativização nos estabelecimentos federais do Estado brasileiro, considerando suas características e passando pela exposição de novas medidas restritivas dissonantes da ordem constitucional e dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.

Além das pretendidas inovações legislativas do Projeto Anticrime, já existem situações sem amparo legal, presentes no cotidiano dos presídios de segurança máxima do país.

A inclusão e manutenção de presos nesses estabelecimentos penais, por exemplo, deve seguir uma série de garantias legais, mas na prática há frequentes violações, como as proibições de visitas.

A custódia no sistema penitenciário sem a observância de direitos essenciais gera alta afetação da integridade psicofísica dos detentos, submetendo-os a malefícios que não se limitam à privação de liberdade. Para além dessa questão, a inobservância de direitos no exercício do *jus puniendi*, as características dos estabelecimentos federais brasileiros e a adoção de medidas restritivas de direitos essenciais em prol da execução penal mais rígida, atualmente inflamada pelo discurso do ódio e de “fazer justiça” a qualquer custo, são questões de máxima importância, devendo ser objeto de debates, a fim de que saibamos em que direção devemos avançar para solucionar, ou no mínimo controlar, os problemas referidos.

Algumas questões de inconstitucionalidades e de ilegalidades são evidentes quando analisados pontos polêmicos do “Projeto de Lei Anticrime”, bem como de medidas restritivas já implementadas pelo Ministério da Justiça, como a Portaria 157/2019, que restringiu as visitas íntimas nos presídios federais brasileiros a pretexto de garantir a segurança.

O presente artigo propõe o debate acerca dos aspectos controversos do projeto de lei anticrime e de portarias do Ministério da Justiça atinentes à execução penal, no sentido de analisar a constitucionalidade, sobretudo em situações discursivas de efetivação da justiça em clara relação com o discurso do ódio presente na sociedade contemporânea e reverberada pelos poderes Executivo e Legislativo.

Garantias e direitos fundamentais no exercício do poder punitivo e características dos estabelecimentos penais federais

Principalmente em países como o Brasil, a prisão tem como fundamento a prevenção especial positiva, consubstanciada na ressocialização. Mantendo o detento longe da família, dos amigos e de outras relações socialmente significativas, espera-se que o preso, cotidianamente, venha a refletir sobre seu ato criminoso, sendo este o sentido mais direto de sua punição.

No atual sistema prisional, a pena tem cumprido tão somente o seu caráter retributivo: impondo um castigo ao condenado, sem proporcionar sua recuperação e reinserção social. O ambiente carcerário não permite realizar nenhum trabalho ressocializador sobre a pessoa do condenado. Em oposição à reabilitação,

a reclusão causa vários efeitos negativos, como a fome, os castigos físicos, a promiscuidade sexual, o vício, a expurgação das relações familiares e, muitas vezes, a morte, como afirma **Marcos Rolim** (2007).

O isolamento da prisão e a aculturação junto aos demais detentos já integrados ao convívio carcerário acabam transformando a prisão em um fator de influência criminal que, ao invés de reintegrar, acaba levando o apenado à reincidência, e de volta à prisão, em um evidente processo de dessocialização.

Do mesmo modo, os danos psicológicos aos detentos são incontáveis. Os traumas, humilhações e depressões sofridas na prisão dificilmente são por ele superados na vida pós-cárcere, principalmente naqueles que foram punidos com o castigo de isolamento e confinamento. A frequente suspensão do direito de visitas íntimas, por exemplo, aparentemente soluciona alguns fatores da segurança pública. No entanto, a manutenção desse direito é um dos aspectos mais importantes para a boa saúde mental dos detentos, resguardado pelo artigo 41 da Lei de Execução Penal (1984).

É grave a violação de direitos humanos constatada na realidade cotidiana nos presídios federais brasileiros, principalmente em relação a consequentes restrições e proibições de visitas sociais.

A Lei de Execução penal, impedindo o excesso ou o desvio da execução que possa comprometer a dignidade e a humanidade da execução, torna expressa a extensão de direitos constitucionais aos presos e internos, como o direito à vida, à integridade física e moral, à propriedade (ainda que não possa exercê-lo em sua completude), à liberdade de consciência e convicção religiosa, à instrução, à representação e à petição em defesa de seus direitos e contra os abusos.

Além dos direitos constitucionais assegurados, a própria Lei de Execuções Penais (1984) elenca diversos outros direitos, de forma não exaustiva, que são conferidos ao sentenciado, ou por ela reconhecidos, como o uso do próprio nome, as assistências material, religiosa, jurídica, social, educacional, à saúde, o trabalho remunerado, a constituição de pecúlio, a igualdade de tratamento, a audiência especial com a autoridade administrativa responsável pela execução, a distribuição proporcional do tempo entre trabalho, recreação e descanso, o contato com o mundo exterior por meio de leitura e outros meios de informação e a visita do cônjuge, companheiro ou companheira, parentes e amigos, conforme artigos 40 e 41 do referido Diploma Legislativo.

No parágrafo único do artigo 41, da Lei de Execuções Penais, à exceção dos direitos à visita, à distribuição proporcional do tempo para as atividades internas e ao acesso à correspondência e outros meios de comunicação, os direitos dos presos não podem sofrer suspensão ou restrição por parte das autoridades penitenciárias ou do juiz. Ressalte-se que aos presos são assegurados todos os direitos não afetados pela sentença penal condenatória; e seus direitos só podem ser limitados excepcionalmente nos casos expressamente previstos em lei.

De modo específico, o direito de visitação deve ser garantido, não apenas por constar de mandamento legal, mas, sobretudo, para evitar problemas diversos. No que se refere à visita íntima, a abstinência sexual por período prolongado, por exemplo, contribui para o desequilíbrio da pessoa, gerando um cenário de tensão nos estabelecimentos penais, violando-se o direito

à preservação da dignidade da pessoa humana, princípio com amplo grau de prevalência no ordenamento pátrio, consoante preleciona **Robert Alexy** (2011).

A doutrina penitenciária moderna, com acertado critério, proclama a tese de que o preso, mesmo após a condenação, continua titular de todos os direitos que não foram atingidos pelo internamento prisional decorrente da sentença condenatória em que se impôs uma pena privativa de liberdade, como assevera **Boschi** (2007).

O sistema penitenciário federal, no Estado Brasileiro, foi implementado no ano de 2006, como uma reprodução do modelo de unidades de segurança máxima estadunidenses, conhecidas como as “*supermax*”, com uso ostensivo de artefatos de vigilância e a reclusão individual do preso como os pilares do sistema. No entanto, há subversão da ordem de todo um sistema: está tornando regra o que deveria/deve ser excepcional e provisório.

Esse sistema pátrio é um regime de isolamento prolongado, sendo extremamente rigoroso e gravoso ao preso, notadamente pelo longo período isolado em própria cela, por cerca de vinte e duas horas, e o distanciamento da região em que residia; e, por consequência, do núcleo familiar. Agrava essa situação a proibição atual de visitas íntimas e a restrição de visitas coletivas nos pátios, bem como a vedação às visitas com contato por cônjuge ou companheiras/companheiros que estiverem sob investigação ou respondendo a processo judicial (Portaria 157/MJ).

É, portanto, medida extrema e de isolamento e não se sabe ao certo o alcance dos efeitos psicológicos e psiquiátricos que isso acarreta.

Além dessas, outras arbitrariedades são comuns, fazendo desse sistema penitenciário um erro, na medida em que afronta os preceitos constitucionais republicanos do Estado brasileiro, principalmente o da dignidade da pessoa humana e da proibição de aplicação de penas cruéis ou de banimento. Os danos à saúde mental dos indivíduos submetidos a esse sistema são extensos, não sendo possível mensurá-los.

Segundo **Mendes de Souza** (2009, p. 63), o axioma da dignidade humana “*retrata a preocupação do constituinte com o homem, tanto sob o aspecto moral quanto sob o material.*”

Ao elevar a dignidade da pessoa humana a princípio fundamental da comunidade estatal, o constituinte coloca o ser humano como fim último de nossa sociedade”. Dele decorrente está o direito à saúde, estatuído no artigo 6º da Constituição da República (1988), e destacado pela doutrina como um dos aspectos indispensáveis à realização do primeiro.

Com tais considerações, identificando evidente afronta a tal princípio, convém ressaltar que a inclusão e manutenção de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima deveria ser medida excepcional e por prazo determinado, observados os seus direitos, nos moldes da lei 11.671/2008.

Novas medidas restritivas e a satisfação do discurso do ódio

Em 13 de Fevereiro de 2019 foi publicada, no Diário Oficial da União, a Portaria 157 do Ministério da Justiça, que suspendeu as visitas sociais (em pátio de visitação com contato físico) de

todos os apenados reclusos no sistema penitenciário federal, permitindo-se apenas a visitação pelo parlatório (vidro blindado e por meio de interfone) e por videoconferência. Antes desta Portaria, as visitas sociais sempre se deram com contato físico (no pátio de visitação da penitenciária), sob a vigilância dos agentes penitenciários federais, sendo inclusive monitoradas por vídeo e áudio-ambiental pelo setor de segurança.

A medida restou válida para as unidades administradas pelo governo federal em Catanduvas/PR, Campo Grande/MS, Porto Velho/RO e Mossoró/RN, Brasília/DF. Por intermédio de Ato Administrativo (Portaria 157), ficou proibido o direito a qualquer contato físico dos apenados com suas respectivas famílias, configurando situações de violação aos Tratados Internacionais, como os artigos 5º e 6º da Convenção Americana de Direitos Humanos, e o artigo 10 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, que versam, respectivamente, sobre a reforma e a readaptação social dos condenados, e o respeito à dignidade humana. Para além do plano internacional, no cenário interno, conforme mencionado alhures, há grave afronta a direitos estatuídos na esfera constitucional e no âmbito de legislações federais, como a Lei de Execução Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente no que se refere ao contato dos pais com os seus filhos.

O que resta evidente é a dominação de um discurso de ódio (*hate speech*), a partir da ideia de que severidade e inobservância de direitos fundamentais conquistados ao longo da história sejam a efetivação da persecução criminal e a solução para afastar a criminalidade. Essa modalidade discursiva, como leciona **Vasiliki Christou** (2007), refere-se a diversas formas de tratamento, ainda que simbólico, contra determinados grupos, sendo abusivas ou ameaçadoras. Esses elementos do discurso acabam provocando uma reação legislativa, no sentido de agravar as regras aplicáveis aos presos, como reflexo de uma vingança institucionalizada.

Nesse panorama, ressalte-se que o discurso é uma ação comunicativa e capaz de produzir efeitos entre os comunicantes. Desse modo, cria-se um cenário de insegurança social, a partir da notícia de crimes de gravidade, no sentido de influenciar a sociedade a exigir do legislativo uma resposta mais severa, o que culmina com a produção de leis rigorosas e que apenas reproduzem a violência das instituições formais de controle, sem efetividade legítima, como preleciona **Salo de Carvalho** (2013).

O sistema constitucional brasileiro não admite direitos e garantias absolutos, mas impõe que as limitações de ordem jurídica se destinem, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades. O fato é que as constantes violações de direitos, a exemplo das proibições de visitas aos detentos, contrariando as normas básicas do nosso ordenamento jurídico, na maioria dos casos, ultrapassam a medida da razoabilidade.

Evidente que as constantes agressões aos direitos e garantias fundamentais, mesmo no exercício do poder punitivo, maculam uma conquista histórica de direitos humanos e garantida constitucionalmente. Salienta-se, por oportuno, a citada portaria 157 do Ministério da Justiça, que viola dispositivos primários da Constituição da República (1988) pois, como norma matriz, esta última veda a adoção de penas cruéis e de caráter perpétuo

(art. 5º, inciso XLVII, da CF), garante a individualização na execução da pena (art. 5º, inciso XLVIII, da CF) e assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, inciso XLIX, da CF).

A pena deve se limitar aos termos da sentença, atingindo exclusivamente os direitos ali delimitados, não se prestando à execução pública, ao exílio, à vingança ou ao sensacionalismo.

Considerações finais

Nestor Távora e **Rosmar Alencar** (2019) argumentam que é equivocado o discurso de combate que segue a linha de uma “*criminologia midiática*”, criando uma realidade geradora de “*pânico na sociedade a ponto de esta reclamar uma repressão enorme*”, devendo assim ser feito, haja vista que “é necessária para normalizar a situação e reequilibrar o sistema” (Zaffaroni, 2018). E concluem que a lei não combate o crime, eis que somente é aplicada após a ocorrência daquele.

É princípio orientador do sistema penitenciário que o preso não deve romper seus contatos com o mundo exterior, não perdendo os vínculos que une-o aos familiares, amigos, cônjuges/companheiros, pois são laços extremamente benéficos aos presos e facilitam o processo de ressocialização e de reinserção social na comunidade quando forem colocados em liberdade.

Na prática, vislumbra-se grande discussão quanto à restrição de tais direitos. Sob a ótica jurídica, verifica-se enorme atribuição de poderes discricionários nas mãos dos diretores dos estabelecimentos prisionais. Isso gera uma série de ilegalidades disfarçadas de discricionariedade administrativa. Decidir sobre qual direito uma pessoa poderá usufruir não é simplesmente observar todos os preceitos concernentes aos atos administrativos.

Não é coerente admitir a restrição e a privação de direitos sob a perspectiva da realização do discurso do ódio travestido de efetivação da tutela jurisdicional e da concretização da justiça. Há, portanto, uma evidente distorção dos significados de justiça e direitos humanos, a partir da relativização de garantias estatuídas nas ordens interna e internacional.

O manejo de variáveis apresentadas no decorrer da presente construção teórica é relevante, na medida em que pode comprometer os objetivos institucionais do sistema carcerário, seja na manutenção dos direitos fundamentais que ainda estão disponíveis para o preso, seja na proteção da comunidade, visto que o mero isolamento não garante o processo de reintegração, sendo necessárias políticas carcerárias relacionadas ao trabalho, educação, família, dentre outros.

A Lei de Execução Penal assegura determinados direitos não atingidos pela prisão, tendo em vista o fato de que a privação de liberdade, no sistema constitucional garantista, tem como um de seus objetivos assegurar que ao indivíduo que ofendeu um bem jurídico individual ou a ordem pública possam ser oportunizadas medidas de reintegração social, com preservação de sua integridade física e sua saúde mental.

De acordo com análises de **Nestor Távora** e **Rosmar Alencar** (2019), a denominação do pacote, conhecido como “anteprojeto anticrime” tem sentido populista, considerando que a noção de “anticrime” é uma contradição em seus próprios termos. A escolha indica que quem o redigiu desconsiderou

inclusive avanços da ciência, nas áreas do Direito Processual Penal, do Direito Penal e da criminologia.

Ainda asseveram que “*tirando raríssimos pontos do anteprojeto, mais de um motivo lastreiam a nossa discordância acerca de seu teor, abrangência, sentido e alcance, mormente por consistir em tentativa de minar valores humanos e constitucionais*”.

As propostas erigidas no âmbito do Ministério da Justiça, seja por meio de projetos de lei, seja por meio de portarias, agravam a situação da persecução criminal, com ênfase na execução penal, em notória afronta a princípios e direitos estatuídos em documentos internacionais de tutela de direitos humanos, bem como do texto Constitucional, utilizando-se, para tanto, de uma legitimidade turvada pelo discurso do ódio e da falácia da efetivação da tutela jurisdicional. Distanciando-se da justiça, essas propostas caminham para a instauração de processos eivados de inconstitucionalidades, para além de retomar a perspectiva da vingança pública e da violência institucionalizada.

Referências

- (1) ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, da 5 ed. alemã. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- (2) BOSCHI, José Antonio Paganella. Individualização da pena. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- (3) BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília-DF: Senado: 1988.
- (4) BRASIL. *Lei de Execução Penal*. Lei nº 7.210 de julho de 1984. Brasília-DF, 1984.
- (5) BRASIL. Portaria nº 157 de 12 de fevereiro de 2019. Brasília-DF, 2019.
- (6) CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013
- (7) CHRISTOU, Vasiliki E. *Die hassrede in der verfassungsrechtlichen Diskussion*. Baden-Baden: Nomos, 2007.
- (8) MENDES DE SOUZA, Paulo de Tarso. *Apontamentos de direito constitucional*. Brasília/Teresina: Fundação Astrojildo Pereira, 2009.
- (9) ROLIM, Marcos. Prisão e ideologia: limites e possibilidades para a reforma prisional no Brasil. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à execução... TÁVORA, Nestor; ALENCAR, RosmarRodrigues. Comentários ao anteprojeto de lei Anticrime*. Salvador: JusPodivm, 2019.
- (10) ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A questão criminal*. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2018. p.129.

Luciano de Oliveira Souza Tourinho
Pós-doutorando em Direitos Humanos (Direitos Sociais)
pela Universidade de Salamanca.
Doutor em Direito Público e Direito Penal pela UFBA.
ORCID: 0000-0002-0442-4658
luciano.tourinho.jus@gmail.com

Paloma Gurgel de Oliveira Cerqueira
Pós-doutoranda pela Universidade de Salamanca. Advogada.
ORCID: 0000-0002-6935-2261
palomagurgel_adv@hotmail.com

Camila Miranda Vidigal
Pós-graduanda em Direito Processual Penal pelo
Complexo Educacional Damásio de Jesus. Advogada.
ORCID: 0000-0003-3650-0288
camilamvidigal@gmail.com

Recebido em: 23.04.2019

Aprovado em: 11.06.2019

Versão final: 14.07.2019

Subsídios para uma correta (não) aplicação do princípio da insignificância a casos de peculato

Gabriel Marson Junqueira

Resumo: O presente trabalho procura esclarecer se é possível a aplicação do princípio da insignificância a casos de peculato. Após breve menção ao conceito de peculato, tenta-se identificar os bens jurídicos tutelados por tal infração penal. Em seguida, tenta-se verificar se há relação entre eles. Ao final, conclui-se que, para aferir a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância em casos de peculato, o intérprete deve ter em conta os dois bens jurídicos tutelados pela incriminação. Para que seja materialmente atípica a conduta, deve haver lesão bagatela aos dois bens jurídicos em causa.

Palavras-chave: Peculato. Princípio da insignificância. Bagatela. Bens jurídicos. Fidelidade dos funcionários públicos. Patrimônio da Administração Pública.

Parece-nos evidente que, quando o legislador realiza seu trabalho de redação do tipo penal, tem ele em vista apenas os prejuízos *relevantes* que o comportamento incriminado pode causar à ordem jurídica e social.⁽¹⁾ O ramo mais violento do ordenamento jurídico não deve se ocupar de bagatelas, de condutas inexpressivas. Daí a exigência de que a conduta, para ser punida, além de formalmente típica, seja materialmente típica.

Nessa linha, o princípio da insignificância – como também o princípio da adequação social – atua como um auxiliar interpretativo, restringindo o teor literal do tipo penal; permite-se que ele vá apenas até onde seja necessário para proteção do bem jurídico.⁽²⁾

Neste breve texto, pretendemos analisar a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao crime de peculato. Para alcançar esse objetivo, em primeiro lugar, verificaremos o conceito de peculato. Em seguida, tentaremos identificar quais são os bens jurídicos tutelados pelo art. 312, do CP. Na sequência, tentaremos esclarecer se há relação entre eles. E, por fim, enfrentaremos mais diretamente a questão colocada, analisando inclusive se acertou ou não o STJ, ao editar, recentemente, a Súmula 599 – segundo a qual “o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública”.

Segundo lição de Nelson Hungria, o peculato próprio “é o crime do funcionário público que arbitrariamente faz sua ou desvia em proveito próprio ou alheio a coisa móvel que possui em razão do cargo, seja ela pertencente ao Estado ou apenas se ache sob sua guarda ou vigilância”.⁽³⁾ Em sua configuração central, encontra-se previsto no art. 312, *caput*, do CP – que prevê tanto o “peculato-apropriação” quanto o “peculato-desvio”.

O *nomen juris* “peculato” nos remete ao período histórico anterior à introdução da moeda. Nessa época, bois e carneiros (*pecus*), comumente destinados aos sacrifícios, eram a riqueza pública por excelência. Em verdade, juridicamente, não havia diferença entre as *res sacrae* e as *res publicae*. Por isso, a propósito, no Direito romano, a subtração de coisas pertencentes

Abstract: This paper seeks to clarify whether it is possible to apply the principle of insignificance to public embezzlement cases. After a brief mention of the concept of public embezzlement, we try to identify the legal interests protected by such criminal offense. Then, try to verify if there is relationship between them. In the end, it is concluded that, in order to assess the possibility of applying the principle of insignificance in cases of public embezzlement, the interpreter must take into account the two legal interests protected by the offense. In order for the conduct to be materially atypical, there must be banal damage to the two legal interests concerned.

Keywords: Public embezzlement. Principle of insignificance. Protected legal interests. Loyalty of civil servants. Public administration assets.

ao Estado recebeu o nome de “*peculatus*”, ou “*depeculatus*”.⁽⁴⁾

A doutrina pátria, muitas vezes, afirma, *tout court*, que o bem jurídico tutelado pelo tipo penal do peculato é a Administração Pública.⁽⁵⁾ A questão que se põe, no entanto, é a seguinte: quais interesses da Administração Pública são juridicamente protegidos? Apenas o interesse patrimonial, ou existem outros interesses em jogo? A nosso ver, tem-se aí delito pluriofensivo. Não há dúvida de que o interesse patrimonial da Administração Pública é ofendido com a prática do peculato. Contudo, nele, a lesão patrimonial é *secundária* – donde, inclusive, a conclusão de que o peculato é muito mais grave que a apropriação indébita, que ofende apenas o patrimônio, em que pesem as frequentes comparações.⁽⁶⁾

Pois bem. Mas quais são os outros interesses da Administração tutelados, para além do seu patrimônio? Com o tipo penal previsto no art. 312, do CP, tutela-se sobretudo a probidade e fidelidade dos funcionários públicos, garantindo-se, assim, o bom andamento e imparcialidade da Administração Pública. Por essa razão, parece possível afirmar que dois elementos compõem o crime de peculato: o crime patrimonial e, principalmente, o *abuso de uma função pública*.⁽⁷⁾

Nesse ponto, isto é, ao reconhecer que não está em causa apenas o interesse patrimonial da Administração Pública, o STJ tem acertado. Quando verificamos os precedentes que ensejaram a edição da Súmula 599, constatamos que a grande maioria diz respeito, justamente, ao crime de peculato. Mesmo diante de um caso que envolvia bens avaliados em R\$ 50,00, o STJ reconheceu a tipicidade material, ao argumento de que o art. 312, do CP, não visa a resguardar apenas o aspecto material, mas principalmente a moral administrativa.⁽⁸⁾

Por outro lado, o STJ tem desconsiderado que, *em regra*, os bens jurídicos tutelados pelo tipo penal do peculato, apesar de serem independentes, estão intimamente relacionados. Há abuso de uma função pública precisamente porque o agente se apropriou ou desviou bem de que tinha a posse em razão do cargo. Nas palavras de Nelson Hungria, *apropriação* ou

desvio, de um lado, e *abuso da função pública*, de outro, “*são como corpo e alma, como esmeralda e cor verde, como fel e amargor*”.⁽⁹⁾

De fato, parece-nos que, *regra geral*, a apropriação de um bem de maior valor implica um abuso de função mais grave, ao passo que a apropriação de um bem de valor pequeno denota um abuso menos grave.⁽¹⁰⁾ Na mesma linha, a apropriação pelo funcionário público de um bem de valor insignificante importa, geralmente, num abuso de função igualmente insignificante. Basta pensar no funcionário que, por exemplo, apropriou-se de uma folha de carta, ou que usou tinta da repartição pública para redigir uma carta pessoal.⁽¹¹⁾

Não por outra razão, o Código Penal português, em seu art. 375º, 2, previu uma moldura penal mais suave para o caso de o objeto material do peculato ser de “*diminuto valor*” (o agente é punido com pena de prisão de até três anos ou com pena de multa).

Ocorre que, a nosso ver, apenas como regra geral os bens juridicamente protegidos pelo art. 312, do CP, relacionam-se intimamente. Ou seja, a relação existente entre eles nem sempre é incidível.⁽¹²⁾ Ao se meditar mais detidamente sobre o assunto, parece-nos possível verificar que há casos em que a gravidade da violação a um bem jurídico não está em sintonia com a gravidade da violação ao outro bem jurídico. Imagine-se, *v.g.*, a seguinte hipótese: um funcionário público, *encarregado da vigilância de uma construção pública*, apropria-se de uma fiada de tijolos. Nesse caso, afigura-se-nos possível afirmar que a gravidade do abuso de função destoa da (pouca) gravidade da lesão patrimonial. E aí já não parece mais possível cogitar de aplicação do princípio da insignificância.

Desse modo, somos levados a concluir que, ao se analisar a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao crime de peculato, o intérprete deve ter em conta os dois bens jurídicos tutelados pelo tipo penal: a *fidelidade dos funcionários públicos* e o *patrimônio da Administração Pública*. Apesar de independentes os bens jurídicos, como em regra há relação íntima entre eles, será possível cogitar de atipicidade material quando a lesão patrimonial for insignificante. Excepcionalmente, no entanto, a insignificante lesão patrimonial pode não significar insignificante prejuízo para o bom funcionamento da Administração, caso em que seria, a nosso ver, incorreta a aplicação do princípio da bagatela.⁽¹³⁾

Num esforço de síntese, podemos talvez dizer: se houver significativa lesão patrimonial, haverá significativo abuso de função; se houver insignificante lesão patrimonial, haverá, *provavelmente*, insignificante abuso de função. A aplicação do princípio em causa depende de lesão bagatela aos dois bens jurídicos. De qualquer modo, como é possível, respeitados os parâmetros acima mencionados, a aplicação do princípio da insignificância ao delito de peculato, cremos que a jurisprudência do STJ – e, de consequente, a Súmula 599 – está equivocada.

Notas

- (1) Cf. MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 56.
- (2) Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 133.
- (3) *Comentários ao código penal*. v. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 334.
- (4) Cf. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. v. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 332.
- (5) Por todos, ver GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. v. III. Niterói: Impetus, 2017. p. 702.
- (6) No sentido do texto, PAGLIARO, Antonio; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31-34. Defendendo também ser secundária a questão da lesão patrimonial, tem-se BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial 5*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 39.
- (7) Cf. FERREIRA DA CUNHA, Conceição. *Comentário conimbricense do código penal: parte especial*. tomo III. Coimbra Editora, 2001. p. 688. No mesmo sentido, PAGLIARO; COSTA JÚNIOR, op. cit., p. 34, afirmam: “*o peculato consiste no abuso do cargo, que é particularmente grave porque dificulta tanto o bom andamento quanto a imparcialidade da Administração Pública e, além do mais, ofende um interesse ulterior, qual seja, o interesse patrimonial da destinação da coisa*”.
- (8) Cf. HC 115.562/SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 21/06/2010.
- (9) Op. cit., p. 348.
- (10) Nesse sentido, FERREIRA DA CUNHA, op. cit., p. 690.
- (11) Exemplos extraídos de PAGLIARO; COSTA JÚNIOR, op. cit., p. 46-47.
- (12) Em sentido contrário, HUNGRIA, op. cit., p. 348.
- (13) Vislumbrando igualmente semelhante possibilidade, tem-se FERREIRA DA CUNHA, op. cit., p. 706.

Gabriel Marson Junqueira

Mestre em Ciências Jurídico-Criminais
pela Universidade de Coimbra.
Promotor de Justiça do Estado de São Paulo.
ORCID: 0000-0001-6626-6758
g_junqueira@yahoo.com

Recebido em: 29.04.2019

Aprovado em: 08.06.2019

Versão final: 11.07.2019

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

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

EDITOR-CHEFE: Luigi Giuseppe Barbieri Ferrarini.

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

EDITORES EXECUTIVOS: Rafael Vieira e Willians Meneses.

CORPO DE PARECERISTAS DESTA EDIÇÃO: Gabriel Huberman Tyles (FADISP - São Paulo/SP), Gabriela Guimarães Machado (UFMG - Belo Horizonte/MG), Gustavo Tozzi Coelho (PUC - Porto Alegre/RS), Jacqueline do Prado Valles (PUC - São Paulo/SP), Leonardo Costa de Paula (UFPR - Curitiba/PR), Márcio Soares Berclaz (UFPR - Curitiba/PR), Paulo Gustavo Lima e Silva Rodrigues (UFAL - Maceió/AL), Rafael Fecury Nogueira (USP - São Paulo/SP), Ruiz Ritter (PUC - Porto Alegre/RS) e Thiago Allisson Cardoso de Jesus (UFMA - São Luís/MA).

EDITORIAL: Lenio Luiz Streck - Doutor e pós-doutor em Direito pela Unisinos-RS e Universidade Estácio de Sá. Professor titular da Unisinos-RS e da Unesa-RJ. Advogado.

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

REVISÃO: FAZENDARIA, Consultoria em recursos humanos, pesquisa e texto Ltda. - ME - Tel.: (11) 3673-7564 - E-mail: midiafazmal@gmail.com

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: 3.800 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

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

NOVIDADE NO IBCCRIM

A partir de 2020, todos os cursos do IBCCRIM poderão ser feitos na modalidade EAD



Assim, você assiste às aulas quando puder, em um prazo de sete dias.

O IBCCRIM agora usa a plataforma EADBOX, onde é possível acompanhar sua frequência, acessar os materiais usados nas aulas expositivas e obter seu certificado de participação.

Acesse ibccrim.eadbox.com

| CORTES INTERNACIONAIS E SUAS DECISÕES COMENTADAS

Promover direitos humanos no Brasil por intermédio do exterior: o uso individual e coletivo do sistema interamericano de direitos humanos

André de Carvalho Ramos

O ano de 2019 traz importantes aniversários para a promoção de direitos humanos no continente americano: comemoram-se os 60 anos da criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH, criada em 1959) e os 50 anos da edição da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH, elaborada em 1969). Após décadas de aceitação, pelo Brasil, da supervisão internacional de direitos humanos, há evidente crescimento de casos brasileiros na Comissão Interamericana de Direitos Humanos e na Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como há contínuo uso de precedentes internacionais em petições de interessados na defesa de direitos humanos no país. Assim, o presente artigo visa sistematizar e refletir criticamente sobre as possibilidades de uso das normas e decisões internacionais de direitos humanos para fazer avançar a proteção de direitos dos vulneráveis no Brasil, mostrando as potencialidades do uso direto (pelas vias promocional e judiciária) e indireto (pela invocação nacional de precedentes transformadores do plano internacional). O foco do artigo será o uso do sistema interamericano de direitos humanos, com especial interesse na atuação da Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos

Inicialmente, cabe destacar que a consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos relaciona-se à nova organização da sociedade internacional no pós-Segunda Guerra Mundial.⁽¹⁾ Anteriormente, o Direito Internacional possuía apenas normas esparsas referentes a certos direitos essenciais, como se vê na temática do combate à escravidão no século XIX, ou ainda na criação da OIT (Organização Internacional do Trabalho, 1919), que desempenha papel importante até hoje na proteção de direitos trabalhistas.

Como marco dessa nova etapa do Direito Internacional, foi criada, na Conferência de São Francisco em 1945, a Organização das Nações Unidas (ONU), a qual, em diversas passagens, utiliza expressamente o termo “direitos humanos”, com destaque ao artigo 55, alínea “c”, que determina que a Organização deve favorecer “o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”. Já o dispositivo seguinte, o artigo 56, estabelece o compromisso de todos os Estados-membros agirem em cooperação com a Organização para a consecução dos propósitos enumerados no artigo anterior.

Não obstante, a Carta da ONU não listou os direitos que seriam considerados essenciais. Por isso, foi aprovada, sob a forma de Resolução da Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948, em Paris, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que contém 30 artigos e explicita o rol de direitos humanos aceitos internacionalmente. Desde então, o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos gerou uma positivação internacionalista desses direitos fundamentais, com normas e tribunais internacionais aceitos pelos Estados e com impacto direto na vida das sociedades locais. Houve a edição de inúmeros tratados na área dos direitos humanos, tanto em nível global quanto regional, sem contar a consolidação de costume internacional a respeito de determinados direitos.⁽²⁾

Assim, a internacionalização dos direitos humanos é uma realidade incontornável, existindo obrigações internacionais vinculantes nessa temática, outrora dominada pelas Constituições e leis locais. Consequentemente, o descumprimento de uma obrigação internacional de proteção de direitos humanos pelo Estado torna-o responsável pela reparação dos danos causados.⁽³⁾

A responsabilização internacional do Estado é essencial para reafirmar a juridicidade desse conjunto de normas voltado para a proteção dos indivíduos e para a afirmação da dignidade humana. Com efeito, as obrigações internacionais nascidas com a adesão dos Estados aos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos só possuem conteúdo real quando o mecanismo de responsabilização por violações é eficaz. Tal mecanismo deve ser o mais amplo possível, para que se evite o caráter meramente programático das normas internacionais sobre direitos humanos.

Desse modo, a internacionalização implantou formalmente o universalismo dos direitos humanos, inoculado pela adoção pelos Estados do mesmo texto de direitos humanos imposto nos tratados ratificados. Porém, não basta a adoção da mesma redação de um determinado direito por dezenas de países que ratificaram um tratado para que o universalismo seja implementado. É necessário que tenhamos também uma mesma interpretação desse texto.

Ou seja, é necessário que exista um mecanismo internacional que averigüe como o Estado interpreta o texto adotado. Por isso,

| CORTES INTERNACIONAIS E SUAS DECISÕES COMENTADAS

Promover direitos humanos no Brasil por intermédio do exterior: o uso individual e coletivo do sistema interamericano de direitos humanos
André de Carvalho Ramos _____ 2238

| JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Supremo Tribunal Federal _____ 2238

o Direito Internacional dos Direitos Humanos é composto por duas partes indissociáveis: (i) o rol de direitos de um lado e (ii) os processos internacionais que interpretam o conteúdo desses direitos e zelam para que os Estados cumpram suas obrigações. Contudo, os Estados - entre eles o Brasil - preferem, em várias situações, manter uma interpretação nacional de textos internacionais, o que torna o regime jurídico dos direitos humanos internacionais incoerente: universal no texto, mas nacional na aplicação e interpretação de suas normas na vida cotidiana.

Essa dicotomia (universalismo na ratificação *versus* localismo na aplicação) representa o velho “truque de ilusionista” do plano internacional: os Estados ratificam tratados, descumprem-nos cabalmente, mas alegam que os estão cumprindo, de acordo com a ótica nacional.⁽⁴⁾ Aplicado o truque de ilusionista aos direitos humanos, veremos os Estados afirmarem que respeitam determinado direito humano, mesmo que sua interpretação seja peculiar e em cabal contradição com a interpretação dos órgãos internacionais.

Nos dias de hoje, esse truque de ilusionista não engana. Não é mais suficiente assinalar, formalmente, os direitos previstos no Direito Internacional, registrar, com júbilo, seu estatuto normativo de cunho constitucional ou supralegal e, contraditoriamente, interpretar os direitos ao talante nacional.

Esse esquema tradicional de aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos não é mais adequado para levarmos o universalismo dos direitos humanos a sério. É necessário que avancemos na aceitação da interpretação do conteúdo e alcance de tais direitos pelo próprio Direito Internacional.

No caso brasileiro, não é mais possível evitar a interpretação internacionalista, pois aderimos a vários mecanismos coletivos de apuração de violação de direitos humanos, como, por exemplo, o da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Não cabe mais, então, interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos sob uma ótica nacional, criando-se uma esdrúxula “Convenção Americana de Direitos Humanos brasileira” e desprezando a interpretação que lhe é dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse ponto, deve-se valorizar a atividade de ponderação de direitos que é desenvolvida, sem maiores traumas, pelos órgãos internacionais judiciais ou quase judiciais de direitos humanos, que são os intérpretes autênticos desses textos de cunho internacional. Importante mencionar que a interpretação internacionalista é a única que assegura a universalidade dos direitos humanos prometida no momento da ratificação dos tratados pelos Estados. De fato, de nada adiantaria advogar a adesão formal brasileira a tais tratados e, ao mesmo tempo, permitir que a interpretação desses tratados seja realizada por órgãos nacionais. O universalismo dos direitos humanos, como já mencionado acima, fatalmente seria perdido e teríamos novamente os direitos humanos *locais*, a depender da proteção nacional, em idêntica situação ao que existia antes da Segunda Guerra Mundial.

Deve-se recordar que os direitos humanos desenvolveram-se no plano internacional para fornecer proteção adicional ao indivíduo na falha do Estado. Por isso, as garantias internacionais possibilitam o acesso do indivíduo a órgãos

internacionais, após terem sido esgotados os recursos internos. A jurisdição internacional é subsidiária, porém sua existência fornece uma última esperança aos que foram ignorados no plano interno.

Os Estados - mesmo os democráticos - ficam obrigados a garantir direitos básicos a todos sob sua jurisdição, nacionais ou estrangeiros, mesmo contra a vontade das majorias e paixões de momento. A própria exigência de esgotamento dos recursos internos é fator que maximiza a faceta de proteção de vulneráveis: em geral, a cúpula do Poder Judiciário de um país representa a maioria hegemônica, como se vê, simbolicamente, no ritual de aprovação de todos os membros dos Tribunais Superiores no Brasil graças ao voto da maioria absoluta do Senado Federal e após indicação por parte do Presidente da República, este também eleito pela maioria absoluta de votos (em dois turnos, se necessário). No mais, os Poderes Legislativo e Executivo também são formados, nos Estados Democráticos como o Brasil, à sombra do princípio da prevalência da vontade da maioria.

Indiretamente, o Direito Internacional dos Direitos Humanos é essencialmente contramajoritário, pois as majorias em geral são bem-sucedidas no processo político e auferem a proteção pretendida. Não necessitam e não procuram, em regra, a jurisdição internacional.⁽⁵⁾

Essa será acionada justamente pelos grupos vulneráveis, que não logram êxito no plano doméstico, tendo sido eventualmente derrotados também na jurisdição constitucional que deve zelar pelo respeito aos direitos previstos nas Constituições.

Assim, as minorias (grupos não hegemônicos, mesmo que numericamente superiores) têm dificuldade de fazer valer seus pontos de vista nas arenas política e judicial internas, exigindo uma alavanca: a proteção internacional dos direitos humanos.

A qualidade contramajoritária dos direitos humanos internacionais revela-se na promoção de novas interpretações de direitos, em busca de tolerância e emancipação, em especial contra posições tradicionais (com viés cultural, social ou mesmo religioso) das majorias. Muitas vezes, o sistema judicial de um Estado não permite a interpretação evolutiva dos direitos previstos, castigando grupos sociais que não têm influência política ou visibilidade.

Usando o Brasil como exemplo, surgem debates de intensa importância para os grupos vulneráveis, como a luta pela descriminalização do aborto, pela superação da anistia aos agentes da ditadura militar, pela criação de mecanismos que impeçam a violência policial, pela melhoria do sistema prisional (cronicamente abandonado pelos sucessivos governos democráticos brasileiros), entre outros temas. Não se nega que a jurisdição constitucional como a brasileira, na promoção dos direitos fundamentais, também pode agir de modo contramajoritário, em especial quando fulmina – por inconstitucionalidade – leis e emendas constitucionais que ofendem direitos e garantias individuais (cláusula pétreia da CF/88). Todavia, a jurisdição internacional possui uma essência contramajoritária agravada ou qualificada, pois faz também o crivo dos julgados dos Tribunais Superiores de um Estado, inclusive de sua Corte Constitucional. Nem o poder constituinte originário escapa do controle internacionalista dos direitos humanos.

A busca da interpretação internacionalista deve estar

inserida na estratégia de atuação das vítimas e dos órgãos nacionais independentes de defesa de direitos humanos para superar situações de desrespeito a direitos, as quais o sistema de justiça nacional tenha se mostrado incapaz de corrigir.

O sistema interamericano de direitos humanos (SIDH) é bom exemplo de uso dos sistemas internacionais de direitos humanos por parte especialmente das vítimas e de organizações não governamentais. Para não fugir ao escopo do presente artigo, o “sistema interamericano” é composto por diversos diplomas normativos, em especial a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA, 1948), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) e o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador, 1988). No que tange aos órgãos, destacam-se, no “sistema interamericano”, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

Grosso modo, há duas vias para se obter no SIDH a modificação do comportamento estatal. A primeira via é a “via promocional” e a segunda é a “via judiciária”. A via promocional consiste no uso de diversos mecanismos institucionais da OEA (especialmente, os vinculados à Comissão IDH) para convencer o estado infrator a modificar voluntariamente sua conduta. Esses mecanismos são variados: podem consistir em notas à imprensa chamando a atenção das autoridades nacionais para determinada situação de violação de direitos humanos (em razão do pouco interesse da mídia nacional, por exemplo), chamamento de audiência temática na Comissão IDH, emissão de recomendação por parte de Relator Especial da Comissão, produção de informes temáticos, entre outras possibilidades. Há em comum (i) o uso da estratégia de exploração da visibilidade da conduta estatal e do sofrimento das vítimas e (ii) permanente manutenção da temática em evidência, até que o Estado adote as medidas necessárias.

A via promocional é lenta e tem como premissa a existência de mecanismos internos de proteção de direitos humanos que sejam pressionados a agir com base nesse tipo de estímulo. Há o risco de serem “palavras ao vento”, gerando acúmulo de audiências, seminários, informes, relatórios, notas à imprensa, sem maior consequência. Mesmo em Estados democráticos, não é certo que as autoridades eleitas se sensibilizem em adotar determinadas medidas que podem ser até mesmo impopulares na defesa de direitos humanos. Contudo, a via promocional não pode ser abandonada, pois resulta - no mínimo - na outorga de publicidade a determinada temática de direitos humanos, dando alento e voz às vítimas esquecidas no plano doméstico.

A invisibilidade de demandas de grupos vulneráveis nos Estados democráticos é o primeiro obstáculo que a promoção de direitos humanos deve superar. Sem isso, sequer a demanda é tida como “existente” ou “problema a ser resolvido”. A inserção na agenda internacional de temas cobrados às autoridades nacionais (*provocatio ad agendum*) é, assim, uma importante consequência da via promocional internacional. Mesmo que gere somente uma resposta nacional repleta de “intenções” e sem medidas práticas, é estourada a “bolha de invisibilidade” e a indiferença dos grupos majoritários

dominantes nos mais diversos órgãos estatais e na sociedade (mídia nacional, academia, sindicatos, etc.)

Por sua vez, a via judiciária consiste no uso de mecanismos internacionais quase-judiciais ou judiciais que exigem do Estado a adoção de medidas comissivas ou omissivas referentes à promoção de direitos humanos. A diferença inicial entre as vias é óbvia: na via promocional, há um juízo de persuasão, sendo o Estado convencido a adotar medidas; na via judiciária, exige-se do Estado que adote medidas. Em um segundo momento, as duas vias se distinguem pelo procedimento: a via promocional é flexível e de cunho mais próximo do político; a via judiciária utiliza a gramática jurídica dos direitos humanos, em um ambiente no qual é requerido o cumprimento de determinadas formalidades, assegurando-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa ao estado infrator.

A via judiciária no sistema interamericano é complexa, envolvendo processos internacionais de direitos humanos que resultam em recomendações e também em deliberações vinculantes.⁽⁶⁾ No tocante aos órgãos, há a atuação essencial da Comissão IDH e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com base na Convenção Americana de Direitos Humanos. O cenário tradicional da via judiciária no âmbito da Convenção Americana de Direitos Humanos é realizado pela vítima ou seus representantes por meio de uma petição à Comissão IDH, na qual (i) se demonstra - grosso modo - o esgotamento prévio dos recursos internos (ou sua dispensa) e (ii) se exige reparação à violação de direitos humanos retratada. Após regular trâmite, com ampla defesa e contraditório, e caso não haja uma solução amistosa entre a vítima e o Estado, a Comissão IDH delibera (o chamado Primeiro Informe) e, caso assim entenda (pode considerar a demanda inadmissível ou improcedente), exige a devida reparação. Na hipótese de o Estado infrator não realizar integralmente a reparação devida, e caso tenha o mesmo Estado reconhecido a jurisdição obrigatória contenciosa da Corte IDH, a Comissão adjudica o caso à Corte. Atualmente, 23 Estados das Américas ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos e 20 (entre eles, o Brasil) reconheceram a jurisdição da Corte IDH. O trâmite perante a Corte ainda envolverá papel maiúsculo das vítimas e seus representantes e, ao final, pode a Corte condenar o Estado réu a prestar obrigações de dar (fixando indenizações, por exemplo), fazer ou não fazer (determinando soltura de presos, alteração de norma legal ou até mesmo constitucional, entre outras reparações).⁽⁷⁾

À luz do interesse dos indivíduos na promoção de direitos, as duas vias são complementares e não podem ser consideradas excludentes. No caso da via promocional, consagra-se um espaço de diálogo com o Estado para abordar assuntos polêmicos ou questões controversas envolvendo direitos de grupos vulneráveis, muitas vezes ignorados nacionalmente. Na leitura de **Contreras**,⁽⁸⁾ os órgãos do SIDH atuam como “facilitadores independentes” na busca por soluções adequadas a cada caso. Ademais, sua autoridade é - em geral - aceita e respeitada internamente nos Estados, de forma que suas posições agregam importante valor político, beneficiando os grupos sociais vulneráveis nacionais, que, no mínimo, rompem a “bolha da invisibilidade” vista acima.

No caso da via judiciária, sua utilização é valiosa tanto pela

realização da reparação à vítima em um caso específico, quanto pela contribuição à modificação de condutas internas graças à formação de precedentes, que passam a guiar a interpretação e a aplicação das normas internacionais de direitos humanos pelo sistema de justiça nacional ou mesmo para provocar alterações legislativas ou administrativas, servindo de fundamento para deliberações estatais em casos futuros.

A utilização das vias pode ser sucessiva ou mesmo simultânea. Não há ordem preestabelecida no uso das duas vias, com a intuitiva utilização anterior da via promocional e, no seu fracasso, o apelo à via judiciária. A depender do caso concreto, a via judiciária é acionada em primeiro lugar, criando condições para que a matéria seja inserida na agenda da via promocional. A utilização simultânea também não é descartada: a via promocional pode continuar sendo explorada, ao mesmo tempo em que se processa determinado Estado infrator perante a Corte IDH.

Delimitadas as vias e as vantagens de seu uso, resta analisar o modo pelo qual é possível um jurisdicionado no Brasil utilizar os instrumentos internacionais como forma de implementação de direitos negados pelo Estado. Esse uso pode ser de duas formas: o uso individual e o uso estrutural ou coletivo. No uso individual, o acesso às instâncias internacionais é realizado na linha da advocacia tradicional, com foco exclusivo nos interesses e demandas do cliente individual, sem levar em consideração a tutela social que o caso possa envolver (*client-oriented approach*). Já o litígio estrutural ou coletivo tem como foco justamente a promoção da tutela social, buscando-se primordialmente uma atuação sobre toda a temática envolvida, o que não impede - obviamente - que vítimas individualizadas também possam receber atenção e obter a justa reparação. Para o litígio estrutural ou coletivo, a escolha do caso a ser litigado é essencial, uma vez que deve ser levado em consideração seu potencial de transformação social, por meio de ações impostas aos poderes públicos.⁽⁹⁾

Há, é claro, dificuldades específicas para cada tipo de uso do SIDH. No que tange ao uso individual, há dois tipos de dificuldade. Em primeiro lugar, o uso individual almeja, em última análise, a solução do caso da vítima com outorga de reparações devidas, o que exige uma deliberação vinculante da Corte IDH, sendo, grosso modo, tímida a via promocional. Há, assim, as tradicionais barreiras de acesso às instâncias internacionais, que são formadas pelo desconhecimento de seus meandros aliado aos custos de uma litigância internacional. Há a necessidade de se ponderar os gastos, trabalho para preparar o caso e acompanhá-lo, bem como os meios e recursos disponíveis para produzir provas e ainda o tempo que o caso pode levar em todo o procedimento perante a Comissão e, eventualmente, a Corte. Há, ainda, uma segunda dificuldade, que é a própria opção da Comissão IDH em privilegiar os casos de violação de direitos humanos tidos como estruturais, em virtude da própria carência de recursos materiais e humanos do SIDH em lidar com milhares de possíveis demandas. Como não há o acesso direto da vítima à Corte, a passagem (extremamente difícil para o uso individual tradicional) pelo filtro da Comissão é indispensável.⁽¹⁰⁾

No tocante ao litígio coletivo, há, inicialmente, a dificuldade de se identificar um caso concreto que possa ser

representativo da temática de direitos humanos que se deseja promover. É importante, então, estudar as características específicas do caso em potencial, o que envolve esmiuçar o contexto social e político no qual o caso está inserido, que determinarão as reações do Estado, da mídia ou da sociedade. Também cabe analisar o impacto do caso diante da escolha da Comissão em privilegiar as demandas estruturais e que possam influenciar os demais Estados vinculados ao SIDH (além do Estado infrator). Se, por exemplo, o caso revela um contexto de sistemáticas violações de direitos e que pode ser um paradigma no delineamento da questão para outros Estados, há maior probabilidade de ser aceito tanto na via promocional quanto na via judiciária do SIDH.

Porém, essa apresentação do caso como um “caso representativo” de uma demanda estrutural exige preparo e fundamentação robusta, o que requer o apoio de entes especializados como são organizações da sociedade civil voltadas à atuação no SIDH. Esse apoio tem como premissa a compatibilização entre a violação de direitos humanos e o interesse dessas organizações não-governamentais, que também têm dificuldades para obter financiamento e, quando o conseguem, devem atuar na área desejada pelo financiador. Por isso, demandas de grupos vulneráveis desconectados de tais entes podem ter maior dificuldade para surgir na agenda do SIDH, o que impõe a atuação com maior peso de órgãos públicos independentes (e que tenham autonomia financeira) como a Defensoria Pública.

Após esse momento de viabilização da escolha e apresentação do caso estrutural ou coletivo, as dificuldades variam de acordo com a via escolhida. Focando na via judiciária no SIDH, o primeiro passo é preencher os requisitos de admissibilidade, em especial com a comprovação de esgotamento dos recursos internos ou inserção nas hipóteses de dispensa do esgotamento. Exige-se a clara exposição dos recursos internos interpostos, seus resultados, para que se conclua sobre o esgotamento ou sobre a satisfação das hipóteses que dispensam o peticionário de esgotá-los.

Também cabe avaliar o momento adequado (conveniência e necessidade) para requerer à Comissão IDH a adoção de medidas cautelares. Exige-se a comprovação da urgência e o risco iminente de dano irreparável ou de difícil reparação e, ainda, impõe-se a identificação das pessoas que necessitam das medidas cautelares.

No processo internacional perante a Corte IDH, é importante o acompanhamento de todo o seu trâmite, podendo as vítimas contar ainda com a assistência jurídica do defensor público interamericano.⁽¹¹⁾

No tocante à efetividade, o uso adequado do SIDH completa-se somente após o cumprimento de suas recomendações ou determinações. No caso brasileiro, o SIDH comunica-se com o Estado por intermédio do Ministério das Relações Exteriores, que repassa as exigências à Advocacia-Geral da União (órgãos do Poder Executivo federal). Como a grande maioria das decisões em curso (medidas cautelares da Comissão, medidas provisórias e sentenças da Corte) diz respeito à atuação de órgãos da esfera estadual (em especial do sistema de justiça estadual, da Polícia Civil, Ministério Público e Judiciários estaduais), muito ainda é necessário construir no plano institucional interno para que se criem modos ágeis de

cumprimento das medidas.

A federalização desses casos por intermédio da propositura de Incidentes de Deslocamento de Competência seria uma alternativa para superar a “questão do federalismo” e a inércia do estado-membro da federação brasileira. Contudo, os casos existentes de IDC que se originaram de uso do SIDH foram propostos pela Procuradoria-Geral da República em iniciativa *ex officio*, sem que tenha existido nenhuma provocação por parte do Poder Executivo federal, que se mantém silente (em sucessivos governos democráticos) quanto a solicitar tal tipo de medida.

O Poder Executivo federal - justamente por apresentar o Estado nas relações internacionais - deve ter papel mais proativo na implementação das deliberações do SIDH, até porque o Estado infrator é obrigado a apresentar relatórios periódicos sobre as medidas tomadas.

As vítimas podem participar ativamente dessa fase de “prestação de contas” da implementação, apontando aos órgãos do SIDH as informações reais da situação das vítimas e do comportamento do Estado, em especial quanto à cessação das violações ou à reparação integral dos danos.

A implementação das sentenças condenatórias contra o Brasil ainda enfrenta obstáculos no Judiciário. No caso do assassinato do agricultor Sétimo Garibaldi, apesar de expressa determinação a favor da reabertura das investigações (e punição dos responsáveis) pela Corte IDH, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná concedeu ordem de *habeas corpus* para trancar ação penal já em curso contra fazendeiro, sob o argumento de que o desarquivamento do inquérito policial (outrora arquivado) havia sido feito sem “provas novas”, violando o art. 18 do Código de Processo Penal (CPP).⁽¹²⁾ No recurso especial do Ministério Público do Estado do Paraná, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) negou a possibilidade de continuidade da ação penal, sob o argumento de que avaliar uma “prova nova”, nos termos do art. 18 do CPP, levaria ao reexame do acervo probante, vedado pela Súmula 7 do próprio STJ. A natureza supralegal (ou mesmo constitucional) da Convenção Americana de Direitos Humanos (e das deliberações da Corte IDH) não serviu para justificar uma nova interpretação do Código de Processo Penal.⁽¹³⁾ O assassinato do Sr. Sétimo Garibaldi, ocorrido no bojo de conflito agrário no Paraná em 1998, continua até hoje impune.

No Supremo Tribunal Federal, há ainda resistência na aceitação das determinações da Corte IDH a favor da investigação e persecução criminal dos agentes da ditadura militar por crimes contra a humanidade cometidos no período. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n. 153), o STF decidiu pela constitucionalidade da Lei da Anistia (lei 6.683/79), o que obviamente tem impedido o avanço da atuação do Ministério Público Federal em diversos casos criminais.⁽¹⁴⁾ Por isso, será importante o julgamento da ADPF 320, na qual foi ofertada pela Procuradoria-Geral da República a “teoria do duplo controle” (citando o autor deste artigo),⁽¹⁵⁾ pela qual se reconhece o papel do STF no controle da constitucionalidade de um ato ou decisão local, mas, ao mesmo tempo, é afirmado o papel da Corte IDH no controle de convencionalidade dessas mesmas medidas. Somente se aprovados por ambos os controles, um ato ou

decisão interna sobre direitos humanos poderia ser mantido nacionalmente. Aplicada a teoria do duplo controle ao “caso da Lei da Anistia”, verifica-se que tal lei foi aceita no controle de constitucionalidade, mas foi afastada no crivo de convencionalidade (sendo considerada inconvenção), não podendo ser aplicada internamente.

No tocante ao uso dos demais precedentes do SIDH como alavanca para a transformação da interpretação nacional de direitos humanos, o Supremo Tribunal Federal tem aumentado a invocação da Convenção Americana na fundamentação de suas decisões, em especial no exercício de seu papel de intérprete de normas constitucionais. No entanto, ainda são poucas as menções à posição da Comissão ou à jurisprudência da Corte IDH.⁽¹⁶⁾ Por isso, é essencial que, na trajetória do caso no âmbito doméstico e até que haja o esgotamento dos recursos internos, o litigante provoque os órgãos do Judiciário para se pronunciar sobre precedentes da Corte ou recomendações da Comissão.

Com isso, são criadas condições de um diálogo interpretativo coerente, possibilitando o acatamento, pelo órgão judicial interno, da interpretação internacionalista, o que concretiza, enfim, a universalidade dos direitos humanos.

À guisa de conclusão, o uso do SIDH é permeado de obstáculos, da escolha do caso (individual ou coletivo), da via (promocional ou judiciária) e ainda do modo de se cumprir as deliberações no Brasil. Tais dificuldades comprovam a resistência no atendimento a demandas dos grupos vulneráveis, mesmo em Estados democráticos. Se considerarmos que o SIDH só age na falha do Estado, seu uso é incontornável para que se consiga alteração da situação nacional de desrespeito de direitos. Adaptando o poema de **Antonio Machado**, não há caminho pronto e acabado na defesa de direitos humanos no plano internacional: se faz o caminho a andar.

Notas

- (1) RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 54
- (2) Sobre as fontes convencionais e extraconvencionais do direito internacional dos direitos humanos, ver RAMOS, op. cit., p. 102 e seguintes.
- (3) RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019p. 31-32.
- (4) RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos...* p. 354.
- (5) Idem, *ibidem*, p. 182.
- (6) Ver a classificação dos processos internacionais de direitos humanos em RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos...* p.34 e seguintes
- (7) RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2019. p. 428 e seguintes.
- (8) CONTRERAS, J. C. G. (coord.). *Litigio estratégico en derechos humanos: modelo para armar*. Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C. CMDPDH: México, 2011. p. 66.
- (9) CARDOSO, E. L. C. Ciclo de vida do litígio estratégico no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: dificuldades e oportunidades para atores não estatais. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, Buenos Aires, ano v, número especial, p. 366, 2011.
- (10) Sobre os filtros “invisíveis” da Comissão, ver KOCH, Camila de Oliveira. *Crítérios de judicialização de casos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.
- (11) RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos...* p. 430.
- (12) Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.

- (13) Cite-se o voto vencido (isolado) do Ministro Rogério Schietti Cruz, que valorou a importância de se dar interpretação diferente ao art. 18 do CPP, em face da sentença da Corte IDH. Em síntese, o art. 18 ambiciona evitar ações arbitrárias e até mesmo vingativas de autoridades policiais e ministeriais na reabertura de inquérito policial arquivado. Não pode ser interpretado para impedir a realização de justiça exigida por um tribunal internacional imparcial como a Corte IDH. Superior Tribunal de Justiça, Resp 1.351.177, Rel. para o Acórdão Min. Sebastião Reis Júnior, julgamento de 15-03-2016, DJe 18-04-2016.
- (14) Ver comentários sobre todas as sentenças da Corte IDH contra o Brasil em RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos...*
- (15) RAMOS, André de Carvalho. Crimes da Ditadura Militar: a ADPF n. 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Crimes da ditadura militar: sua*

análise à luz da jurisprudência interamericana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 174-225.

- (16) RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos...* p. 346-348.

André de Carvalho Ramos

Doutor e Livre-Docente em Direito Internacional pela USP.
Professor de Direito Internacional da USP.
Procurador Regional da República.
Ex-Secretário de Direitos Humanos e Defesa Coletiva da Procuradoria-Geral da República (2017-2019).
ORCID: 0000-0003-3157-8262
carvalhoramos@usp.br

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Supremo Tribunal Federal

Não se revela suscetível de conhecimento, por incabível, recurso de agravo (“agravo regimental”) contra decisão do Relator, que, motivadamente, defere ou indefere pedido de medida liminar formulado em sede de “*habeas corpus*” originariamente impetrado perante o Supremo Tribunal Federal. Precedentes. (STF – Tribunal Pleno – AgRg na MC no HC 94.993/RR – rel. **Celso de Mello** – j. 26.11.2008 – public. 13.02.2009 – **Cadastro IBCCRIM 6117**)

Anotação

Raphael Debes Chan Spinola Costa

2238

Agravo contra decisão liminar em habeas corpus no Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento no sentido de ser incabível agravo regimental contra decisão de medida liminar em *habeas corpus*, conforme mencionado precedente do Tribunal Pleno, constantemente reafirmado em decisões monocráticas exaradas pelos eminentes Ministros.

Em tempos de Operação Lava Jato, a impetração de *habeas corpus* tem se intensificado perante o Supremo Tribunal Federal, sobretudo para combater decretos de prisão preventiva apontados como ilegais.

Buscando cessar imediatamente a ilegalidade, o remédio heroico vem acompanhado de pedido de medida liminar, que é julgado, em regra, monocraticamente pelo relator sorteado ou preventivo.

Questiona-se, porém, a possibilidade de impugnação da decisão de medida liminar proferida pelo relator, concessiva ou denegatória, por meio do agravo previsto nos artigos 39 da Lei 8.038/90 e 317 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF).⁽¹⁾

No início da década de 1990, por ocasião do julgamento do agravo regimental no HC 69.331/RJ, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu pela impossibilidade de interposição de agravo contra decisão liminar em *habeas corpus*, aplicando-se, por analogia, o

mesmo posicionamento adotado pela Corte em relação ao mandado de segurança, “*ante a ausência de justificativa para tratamento diverso aos dois institutos*” (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 09.10.92).⁽²⁾

O Supremo Tribunal Federal entendia que as Leis 1.533/51 e 4.348/64, que tratavam do mandado de segurança, não previam a possibilidade de recurso contra decisão liminar do relator, e que o agravo previsto no Regimento Interno da Corte relacionado ao mandado de segurança tem como finalidade combater decisão específica do Presidente (art. 297 do RISTF).⁽³⁾

Posteriormente, em 1995, o Pleno teve a oportunidade de avaliar a questão, prevalecendo novamente o entendimento, por maioria de votos, de que o julgamento da liminar em *habeas corpus* deve ser feito exclusivamente pelo relator, argumentando, para tanto, ser necessário “*pôr termo à sucessiva recorribilidade das decisões*”; o eventual prejuízo do pronunciamento antecipado do colegiado sobre os requisitos da prisão, em especial o *fumus commissi delicti*; e que a tramitação do *habeas corpus* “*é rápida*” (AgRg no HC 70.937/PA, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 10.11.95).

A jurisprudência da Suprema Corte, então, sem o devido aprofundamento do tema e sempre fazendo referência às decisões anteriores, consolidou-se no sentido de não ser suscetível de conhecimento, “*por incabível, recurso de agravo (‘agravo regimental’) contra decisão do Relator, que, motivadamente, defere ou indefere pedido de medida liminar formulado em sede de ‘habeas corpus’ originariamente impetrado perante o Supremo Tribunal Federal*” (AgRg na MC no HC 94.993/RR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 13.02.09).⁽⁴⁾

Referido entendimento passou a ser adotado em diversos Tribunais do país.⁽⁵⁾

Desde 2009, no entanto, as razões invocadas nos precedentes firmados pela Suprema Corte não mais seriam suficientes para impedir a interposição de agravo regimental contra decisão que indefere o pedido liminar da parte impetrante.

Em relação à aplicação por analogia dos regramentos do mandado de segurança, com a entrada em vigor da Lei 12.016/09, a decisão liminar proferida no *mandamus* passou a

ser impugnável por meio de agravo (art. 16, parágrafo único),⁽⁶⁾ razão pela qual não subsiste o argumento para impedir a análise do agravo regimental do impetrante em *habeas corpus*.

A inovação legislativa mostra-se absolutamente adequada, considerando que, por vezes, apenas a imediata suspensão do ato coator impedirá o perecimento do direito.⁽⁷⁾

Tratando-se de constrangimento manifestamente ilegal à liberdade, a garantia de pronunciamento judicial célere se revela ainda mais indispensável, como registrou **Nelson Hungria** quando ocupou a nobre função de Ministro da Suprema Corte: “*Um dia de privação de liberdade jamais poderá ser restituído. O nobre advogado do paciente diz que só Deus pode reparar essa transitória perda de liberdade. Nem Deus, porém, pode fazê-lo. É a única coisa que Deus não pode fazer: tornar ‘desacontecido’ aquilo que já aconteceu. Deus nos pode ferir de amnésia, para que esqueçamos o fato, como pode crescer de um dia livre a vida do prejudicado, mas não suprimir no passado o dia de privação de liberdade*” (HC 36.801/DF, Rel. Min. Rocha Lagôa, j. em 26.08.53).

A decisão liminar em *habeas corpus*, embora não prevista em lei, decorre de sólida e definitiva construção jurisprudencial, ao interpretar o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. É, nas palavras de **Fernando da Costa Tourinho Filho**, “*uma das mais belas criações da nossa jurisprudência*”.⁽⁸⁾

Atualmente, grande parte dos Tribunais incorporou a liminar em *habeas corpus* no seu regimento interno (vide: arts. 21, IV e V, e 191, do RISTF).

Embora o *habeas corpus* tenha prioridade de julgamento na Suprema Corte (art. 149, II, do RISTF), a excessiva quantidade de processos atualmente em tramitação praticamente inviabiliza a prestação jurisdicional dentro de prazo razoável, nos termos do que preconiza a Constituição Federal (art. 5º, LXXVIII), tornando ainda mais relevante eventual reanálise do pedido liminar.⁽⁹⁾

Com a entrada em vigor da Lei 12.403/11, o sistema binário (prisão preventiva ou liberdade provisória) anteriormente previsto na legislação processual penal sofreu significativa alteração, possibilitando ao magistrado aplicar medidas cautelares alternativas ao cárcere (art. 282 e seguintes do Código de Processo Penal).

Sem que seja necessário o aprofundamento na análise do *fumus commissi delicti e periculum libertatis*, é possível, em sede liminar e apenas em juízo de proporcionalidade, a substituição da prisão por medidas cautelares alternativas enquanto se aguarda o julgamento final do *writ*, sem que isso comprometa eventual avaliação do colegiado acerca do mérito do *habeas corpus*.

Assim, considerando ainda o entendimento estabelecido no HC 105.959/DF (Rel. para acórdão Min. Edson Fachin, DJe 15.06.16), no sentido de também ser incabível *habeas corpus* para impugnar decisão monocrática de Ministro, não pode a Suprema Corte, guardiã dos direitos e garantias constitucionais, diante da autorização legal e regimental, deixar de reavaliar, em recurso de agravo, o pedido liminar rejeitado monocraticamente pelo relator: “*Não se há negar jurisdição ao que reclama prestação do Poder Judiciário, menos ainda deste Supremo Tribunal, quando se afigure ilegalidade flagrante*” (STF, HC 89.681/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 02.02.07); “*diante de flagrante violação à liberdade de locomoção, não pode a*

Corte Suprema, guardiã-maior da Constituição, portanto dos direitos e garantias constitucionais, quedar-se inerte” (STF, HC 86.864/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 16.12.05).

Por outro lado, o agravo regimental ou interno apresentado pela Procuradoria-Geral da República contra decisões liminares em *habeas corpus* são, de fato, incabíveis, pois o *Parquet* não figura como parte na impetração.

Segundo dispõe o artigo 317 do RISTF, caberá agravo regimental, no prazo de cinco dias, contra decisão de Relator “que causar prejuízo ao direito da parte”.

Por sua vez, a Lei 8.038/90, que trata da ação penal originária e dos recursos para o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, também possibilita o agravo regimental contra decisão de Relator “que causar gravame à parte” (art. 39).⁽¹⁰⁾

Nos Tribunais, os autos relativos a processos de *habeas corpus* são remetidos ao Ministério Público para elaboração de parecer, no prazo de dois dias, antes de serem conclusos ao Relator para julgamento (art. 1º, §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei 552/69). No âmbito do Egrégio Supremo Tribunal Federal, a tramitação do *habeas corpus* está regulamentada nos artigos 188 a 199 do RISTF, sendo o prazo de dois dias para parecer ministerial também reproduzido na estrutura regimental (art. 192, § 1º).

O Ministério Público, ao apresentar parecer em autos de *habeas corpus*, atua na qualidade constitucional de *custos legis*, ou seja, no exercício da atividade fiscalizadora do exato cumprimento da lei e correta aplicação do direito (arts. 127, *caput*, da Constituição Federal, e 257, II, do Código de Processo Penal): “*O Ministério Público, no processo de ‘habeas corpus’ – que configura processo penal de caráter não condenatório –, desempenha a típica função institucional de ‘custos legis’*” (STF, HC 109.598/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 04.05.15).

Veja-se que o artigo 1º, § 1º, do Decreto-Lei 552/69, prevê que, quando não atendido o prazo de dois dias para manifestação, “*os autos, com ou sem parecer serão conclusos ao relator para julgamento*”. Embora de indiscutível relevância, o parecer do Ministério Público é dispensável, revelando, também por tal aspecto, que a posição por ele ocupada na relação processual é distinta da posição de parte.

O próprio RISTF, em seu artigo 52, parágrafo único, possibilita que o Relator do *habeas corpus* dispense a vista dos autos ao Procurador-Geral quando “*houver urgência*” ou “*a matéria versada no processo já houver o Plenário firmado jurisprudência*”, reforçando a posição de fiscal da lei do Ministério Público na ação constitucional.

Por isso, a atuação do *Parquet* nessa condição será imparcial e, como assentou o eminente Ministro Francisco Rezek, “*substancialmente distinta daquela das partes, e substancialmente análoga à do juiz*” (STF, ADI 758/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 08.04.94).

O fato de o Ministério Público, em seu parecer, eventualmente corroborar as alegações apresentadas pelo membro oficiante nos autos, nas instâncias ordinárias, não altera sua posição equidistante na relação processual.⁽¹¹⁾

Nesse contexto, não há como confundir as funções constitucionais do Ministério Público de defensor da ordem jurídica, isenta e opinativa, com a de titular da ação penal em

que se busca o *jus puniendi*.⁽¹²⁾

Justamente por não figurar como parte é que se consolidou entendimento nos Tribunais no sentido de que, após apresentação de parecer ministerial em segundo grau ou em instâncias extraordinárias, não há contraditório a ser assegurado à parte Impetrante.⁽¹³⁾

Interpretar a atuação do *custos legis* de forma diversa inverteria a própria lógica do devido processo legal, conferindo à acusação a oportunidade de se pronunciar sobre os fatos por último, em evidente afronta ao artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal e à legislação processual penal.

Além disso, não há como a Procuradoria-Geral da República interpor agravo regimental ou interno, na qualidade de “parte”, pugnano pelo restabelecimento da prisão e, posteriormente, apresentar manifestação isenta, nos termos do que determina a lei e a Constituição Federal: “*afigura-se inviável, por parte de qualquer agente público ou político, o exercício de uma fiscalização isenta após este mesmo agente ter atuado na defesa de interesse controvertido no seio de uma relação processual*” (STJ, HC 136.771/GO, Rel. para acórdão Min. Jorge Mussi, DJe 19.12.11).

Excetuada a hipótese de *custos legis*, o representante do Ministério Público poderá figurar, em situações excepcionais, como Autoridade Coatora em *habeas corpus*, manifestando-se por meio de informações, bem como Impetrante, nos termos do artigo 654 do Código de Processo Penal, desde que tenha como finalidade a tutela da liberdade de locomoção ilicitamente ameaçada, conforme precisa lição de **Tales Castelo Branco**: “*A legitimação do Ministério Público para impetrar habeas corpus não o desobriga, todavia, de ostentar, claramente, o interesse de agir em favor da liberdade do paciente. A nenhum pretexto é lícito ao Ministério Público valer-se do remédio heroico, para defender interesses do Estado, ou buscar benefício que venha ajudar a acusação*”⁽¹⁴⁾.

Qualquer outra intervenção por parte de seus membros na ação mandamental não encontra respaldo legal ou regimental.⁽¹⁵⁾

Conclui-se, portanto, que apenas o agravo contra decisão que indefere pedido liminar em *habeas corpus* deve ser conhecido e analisado pelo colegiado, pois a Procuradoria-Geral da República não figura como parte na impetração, devendo o relator negar seguimento ao recurso ministerial, nos termos do artigo 21, § 1º, do RISTF, em razão de ser manifestamente incabível.

Notas

- (1) “Art. 39 – Da decisão do Presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de Relator que causar gravame à parte, caberá agravo para o órgão especial, Seção ou Turma, conforme o caso, no prazo de cinco dias” (Lei 8.038/90). “Art. 317. Ressalvadas as exceções previstas neste Regimento, caberá agravo regimental, no prazo de cinco dias de decisão do Presidente do Tribunal, de Presidente de Turma ou do Relator, que causar prejuízo ao direito da parte” (RISTF).
- (2) A Segunda Turma já havia decidido no mesmo sentido em 25.06.91 (AgRg no HC 68.740/DF, Rel. Min. Célio Borja, DJ 12.03.93).
- (3) O entendimento quanto ao mandado de segurança chegou a ser sumulado pelo Supremo Tribunal Federal: “Não cabe Agravo Regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em Mandado de Segurança” (Súmula 622, DJ 13.10.03).
- (4) No mesmo sentido: AgRg na MC no HC 160.178/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 07.02.19; AgRg no HC 150.654/CE, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 13.12.17; AgRg na MC no HC 128.278/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 10.06.15; AgRg na MC no HC 123.291/SP, Rel. Min. Celso

de Mello, DJe 29.08.14; AgRg na MC no HC 85.769/AP, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 13.02.09; AgRg na MC no HC 89.837/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16.02.07; AgRg na MC no HC 89.649-9/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 01.12.06; AgRg na MC no HC 84.788/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 20.10.04; AgRg no HC 80.284/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 21.08.00; AgRg no HC 72.783/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 29.09.95; entre tantos outros.

- (5) No mesmo sentido: STJ, HC 520.296/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 10.09.19; TJSP, Agravo Regimental 2121758-53.2016.8.26.0000, Rel. Des. Camargo Aranha Filho, DJe 13.07.16; TRF3, *Habeas Corpus* 0012725-11.2014.4.03.0000/SP, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, DJe 12.08.14; entre tantos outros.
- (6) O enunciado da Súmula 622/STF foi declarado insubsistente pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do agravo regimental no MS 28.177/DF, em 18.12.09, tendo em vista a entrada em vigor da Lei 12.016/09.
- (7) “A verdade é que, no curso da demanda, surgem com bastante frequência atos jurisdicionais ilegais, cuja execução é apta a provocar dano irreparável a uma das partes. (...) Nesses casos, o único meio capaz de evitar o dano é o mandado de segurança, notadamente pela suspensão liminar do ato impugnado” (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 399).
- (8) *Processo penal*. v. 1. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 679.
- (9) “A realidade pública e notória enfrentada pelo STJ e por esta Corte, marcada pela excessiva carga de processos, impede a plena realização da garantia constitucional do julgamento célere” (STF, HC 100.498/PI, Rel. Min. Eros Grau, DJe 29.10.09).
- (10) O agravo interno previsto no Código de Processo Civil não se aplica aos procedimentos criminais, pois, no âmbito penal, há “suporte específico na Lei 8.038/90, que constitui ‘*lex specialis*’, inclusive no que concerne ao lapso temporal pertinente ao ‘agravo interno’, tendo em vista a circunstância de o art. 39 dessa mesma Lei nº 8.038/90, que incide no tema ora em exame, não haver sido derogado pelo novíssimo Código de Processo Civil, ao contrário do que ocorreu, p. ex., com os arts. 13 a 18, 26 a 29 e 38, todos do já referido diploma legislativo (CPC, art. 1.072, inciso IV)” (STF, HC 134.554/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 15.06.16).
- (11) “quando o Ministério Público atua como *custos legis*, não compõe nenhum dos polos da relação processual, ainda que se oponha às teses trazidas pelo réu” (STJ, HC 196.025/SP, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 15.06.11).
- (12) “a atuação do Ministério Público como *custos legis* (art. 127, *caput*, CF/88) não se confunde com o dever de promover a ação penal (art. 129, inciso I, CF/88), sendo nítida a diferença entre o dever de se manifestar no processo de maneira imparcial como defensor da ordem jurídica e o dever de atuar como parte (*dominus litis*) na persecução penal buscando a condenação do acusado” (STF, ARE 956.372/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 03.06.16).
- (13) “após a manifestação do Ministério Público, como fiscal da lei, não há contraditório a ser assegurado” (STF, HC 81.436/MG, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 22.02.02).
- (14) BRANCO, Tales Castelo. *Teoria e prática dos recursos criminais*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 155)
- (15) “Embargos não conhecidos. (...) no *mandamus*, temos o paciente, o impetrante (que pode coincidir com a pessoa do paciente) e a autoridade coatora. Neste caso, a autoridade coatora foi o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Não consta, portanto, o Ministério Público do Estado de São Paulo. Ademais, diferentemente da ação penal pública, que busca o *jus puniendi*, o *habeas corpus* visa justamente o status liberais do agente. Assim, o Ministério Público não atuará como parte, apenas com fiscal da lei” (STJ, EDcl no HC 296.848/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 04.02.15).

Raphael Debes Chan Spinola Costa

Bacharel em Direito pela PUCSP.

Pós-graduado em Processo Penal pela Universidade de Coimbra.

Pós-graduado em Direito Penal Econômico e Corporativo pela Escola de Direito do Brasil.

Advogado.

ORCID: 0000-0002-6451-0822

raphael@cbadvogados.com.br