

BOLETIM

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

ISSN 1676-3661



ANO 28 - Nº 335 - OUTUBRO/2020



I CADERNO DE DOCTRINA

4 A pandemia da covid-19 nos sistemas prisional e socioeducativo brasileiros: entre narrativas, recomendações e realidades
Elaine Pimentel

7 Emergências, Direito Penal e covid-19: por um Direito Penal de emergência humanitário
Bruno Rotta Almeida
Patrick Cacicedo

10 A incompatibilidade entre a busca da verdade e a limitação do poder
Thiago Miranda Minagé

14 Algoritmos e racionalidade na Investigação Criminal: uma relação possível
Marcella Mascarenhas Nardelli
Fabiana Alves Mascarenhas

17 A cadeia de custódia no Pacote Anticrime
Luiz Antonio Borri
Rafael Junior Soares

19 Impedimento por contaminação cognitiva em ações penais em curso: uma análise do art. 3º-D do Código de Processo Penal
Ricardo Maimone Lauretti

22 L'illiceità delle prove nel sistema accusatorio: L'imparzialità e il dovere del giudice di fronte a prove inammissibili dovute alle modifiche promosse dal pacchetto anti-criminalità nel codice di procedura penale brasiliano
Rodrigo Teles de Oliveira

25 "Lei Anticrime" e a nociva restrição legal de aplicabilidade da cadeia de custódia da Prova Penal
Daniel Nascimento Duarte

I CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

28 Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil: possibilidades de repercussão em favor das vítimas de trabalho escravo no Processo Penal Brasileiro
Fabiana Galera Severo

31 Superior Tribunal de Justiça

Necropolítica e gestão prisional durante a pandemia no Brasil

Em 9 de setembro de 2020, data da redação deste editorial, o Brasil registrava, de acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça, 184 óbitos por complicações da COVID-19 no sistema prisional.¹ Registrava também 30.467 pessoas presas infectadas. Contudo, os dados passam ao largo de refletirem a realidade. Ainda segundo o CNJ, de um total de 755.274 presos e presas no país, somente 36.899 haviam sido testados até 30 de agosto de 2020 - menos de 5% da população carcerária.

Nesse contexto de conveniente subnotificação, não há como se ter a dimensão exata de quantas pessoas custodiadas estão infectadas ou já morreram por complicações da doença. Entre os meses de julho e agosto, ao ser realizada testagem em massa em alguns dos estabelecimentos do estado de São Paulo, chegou-se ao percentual médio de 40% de resultados positivos. Como exemplo concreto do cenário paulista, no CDP II de Pinheiros, dos 1609 presos, 748 resultaram positivo, representando 46% de contaminação.²

E, certamente, a situação precária das prisões brasileiras terá consequências ainda mais desastrosas. Segundo levantamento do CNJ, de maio a junho, a contaminação aumentou 800% nas prisões do país,³ porcentagem que não para de crescer. Não há surpresa no fato de que o alastramento do vírus pelo sistema se dê em velocidade exponencialmente maior. Não é possível à população carcerária cumprir minimamente os protocolos sanitários gerais.

Conforme os relatórios de inspeção do Núcleo de Situação Carcerária da Defensoria Pública de São Paulo, é comum que 40 pessoas vivam em celas projetadas para 12. Ainda, conforme dados levantados pelo órgão, 70,8% das unidades prisionais do Estado realizam racionamento de água, 69% dos presos afirmam que não recebem sabonete quando necessitam e 77,28% dos estabelecimentos não possuem equipe mínima de saúde,⁴ nos termos da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP). Em média, mesmo em tempos normais, uma pessoa presa morre a cada 19 horas em São Paulo.⁵

Em meio à pilha de cadáveres produzida cotidianamente pelo sistema prisional, a estratégia de subnotificação adotada pelos Poderes da República tem sido bem sucedida, diante da cegueira deliberada das autoridades e do silêncio sorridente da opinião pública. Os presídios no Brasil são dispositivos necropolíticos, onde a tendência é o extermínio. É deixar morrer. E onde já morrem milhares, poderão morrer dezenas de milhares, sem que isso signifique para as instituições muito mais do que o acréscimo de um zero nas estatísticas. Os agentes prisionais, que vêm sendo imensamente afetados pela pandemia, também estão morrendo, o que também se afigura como efeito desse projeto necropolítico.⁶

A vetoração necropolítica da gestão pública da pandemia nas prisões fica evidente quando verificamos as medidas adotadas pelos Poderes da República acerca do tema. A Portaria Interministerial 7, do Ministério da Justiça e Segurança Pública e do Ministério da Saúde, veio à luz logo no início da pandemia, trazendo orientações técnicas aos gestores do sistema. Uma mera leitura superficial demonstra que a portaria é totalmente alheia à realidade dos presídios. Recomenda-se o isolamento, com cortinas ou marcações no chão, de pessoas que apresentem sintomas compatíveis com a COVID-19, guardando um espaço de dois metros entre cada uma. Ocorre que é absolutamente impossível, no sistema prisional brasileiro, evitar que os presos e as presas fiquem a menos de dois metros de distância. A portaria também nada diz sobre casos assintomáticos ou testagem na inclusão, e não traz nenhuma resposta acerca da forma de identificação dos sintomas, eis que dois terços dos estabelecimentos prisionais não contam com equipe mínima de saúde.

Evidentemente, a referida portaria não vem sendo cumprida, por sua inexecutabilidade. Ato contínuo, a “solução” apresentada pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) foi a proposta de que pessoas idosas e com comorbidades fossem colocadas em contêineres. O DEPEN encaminhou ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária ofício requerendo a alteração da Resolução 9/2011, que trata de arquitetura prisional, com o objetivo de auferir permissão para encarcerar em instalações do tipo contêiner. Atendendo a pressões da sociedade civil, o CNPCP afastou a possibilidade de regulamentação do aprisionamento de pessoas em recipientes de carga, mas optou por flexibilizar as normas de arquitetura prisional, permitindo a criação de espaços precarizados para a alocação de pessoas inseridas no grupo de risco para complicações da COVID-19.

No âmbito do Poder Judiciário, muito embora tenha havido a edição de uma louvável Recomendação pelo CNJ – a Recomendação 62, de 17 de março de 2020 – orientando juízes e juízas à revisão das prisões de pessoas que correm maior risco, bem como de pessoas presas por crimes sem violência ou ameaça, verificou-se que a normativa, dado seu caráter não vinculante, não vem sendo cumprida pelas mais diversas instâncias judiciais do país.

Em 12 de junho de 2020, o CNJ divulgou que, em três meses de vigência da mencionada Recomendação, apenas 32,5 mil pessoas foram liberadas das unidades prisionais.⁷ Trata-se de 4,8% do total de pessoas em privação de liberdade no Brasil, o que não supera, portanto, o número de pessoas excluídas do sistema em tempos de normalidade, seja pelo cumprimento de suas penas, seja pela progressão de regime ou livramento condicional.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, tem se esquivado de enfrentar a questão, assentando-se sobre o argumento de que a Recomendação do CNJ deve ser cumprida ou descumprida a critério dos juízos locais. Atualmente, está pendente de julgamento a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 684, que requer ao STF a emissão de comando jurisdicional determinando a juízes e juízas a observância das medidas constantes da Recomendação 62/2020. No entanto, nem mesmo os pedidos de mais de 20 instituições do sistema de justiça e organizações da sociedade civil, como o IBCCRIM, para atuarem como *amici curiae* foram, até o momento, apreciados.

A emissão de provimento que determine a redução do contingente prisional é a única medida que pode minorar o

número de mortes no sistema. A inércia das autoridades públicas em apresentar medidas eficazes para o enfrentamento da questão não decorre apenas da precariedade e da falta de recursos, mas, sobretudo, de uma postura ideológica das mais diversas esferas e instâncias do Estado para deixar a população carcerária morrer.

A banalidade do morticínio nas prisões é um projeto oculto de Estado. A ausência de notificação, de identificação da causa das mortes e da divulgação precisa de dados evidencia o objetivo de que a hecatombe que se afigura no sistema sequer se inscreva na memória coletiva. Como sujeitos matáveis, pretende-se que os presos e as presas morram em silêncio, sem qualquer consequência aos gestores públicos e sem qualquer resguardo da lei, na esteira do projeto necropolítico que sempre marcou a gestão prisional no Brasil.

NOTAS

- ¹ Soma de 106 óbitos de pessoas presas e 78 servidores do sistema prisional.
- ² SUDRÉ, Lu. Casos de Covid-19 no sistema carcerário aumentam 72,4% em um mês. Brasil de Fato, São Paulo, 12 ago. 2020. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/08/12/casos-de-covid-19-no-sistema-carcerario-aumentam-72-4-em-um-mes>. Acesso em: 14 set. 2020.
- ³ MATTOSO, Camila (ed.). CNJ fala em crescimento de 800% de casos de Covid-19 em presídios e renova recomendação para soltura. Folha de S. Paulo, Paineis, 12 jun. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painel/2020/06/cnj-fala-em-crescimento-de-800-de-casos-de-covid-19-em-presidios-e-renova-recomendacao-para-soltura.shtml>. Acesso em: 14 set. 2020.
- ⁴ Dados obtidos junto ao Núcleo de Situação Carcerária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.
- ⁵ CERDEIRA, Rayssa. Um preso morre a cada 19 horas em São Paulo. CBN, 19 jul. 2019. Disponível em: <https://cbn.globoradio.globo.com/media/audio/267901/um-presos-morre-cada-dezenove-horas-em-sao-paulo.htm>. Acesso em: 14 set. 2020.
- ⁶ Nesse sentido, são as conclusões de SHIMIZU, Bruno. A necropolítica da gestão da pandemia no sistema carcerário brasileiro. Boletim extraordinário CAAF/Unifesp de enfrentamento da COVID-19, n. 4, p. 10-13, 2020. Disponível em: https://www.unifesp.br/reitoria/caaf/images/novo_site/boletim%20caaf/Boletim%20caaf%20N4.pdf. Acesso em: 14 set. 2020.
- ⁷ AGÊNCIA CNJ. CNJ renova Recomendação nº 62 por mais 90 dias e divulga novos dados. Agência CNJ, Notícias CNJ, 12 jun. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-renova-recomendacao-n-62-por-mais-90-dias-e-divulga-novos-dados/>. Acesso em: 14 set. 2020.

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

BOLETIM

4. **A pandemia da covid-19 nos sistemas prisional e socioeducativo brasileiros: entre narrativas, recomendações e realidades**
Elaine Pimentel
7. **Emergências, Direito Penal e covid-19: por um Direito Penal de emergência humanitário**
Bruno Rotta Almeida e Patrick Cacicedo
10. **A incompatibilidade entre a busca da verdade e a limitação do poder**
Thiago Miranda Minagé
14. **Algoritmos e racionalidade na investigação criminal: uma relação possível**
Marcella Mascarenhas Nardelli e Fabiana Alves Mascarenhas
17. **A cadeia de custódia no Pacote Anticrime**
Luiz Antonio Borri e Rafael Junior Soares
19. **Impedimento por contaminação cognitiva em ações penais em curso: uma análise do art. 3º-D do Código de Processo Penal**
Ricardo Maimone Lauretti
22. **L'illiceità delle prove nel sistema accusatorio: L'imparzialità e il dovere del giudice di fronte a prove inammissibili dovute alle modifiche promosse dal pacchetto anti-criminalità nel codice di procedura penale brasiliano**
Rodrigo Teles de Oliveira
25. **"Lei Anticrime" e a nociva restrição legal de aplicabilidade da cadeia de custódia da Prova Penal**
Daniel Nascimento Duarte

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

28. **Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil: possibilidades de repercussão em favor das vítimas de trabalho escravo no Processo Penal Brasileiro**
Fabiana Galera Severo
31. **Superior Tribunal de Justiça**

A PANDEMIA DA COVID-19 NOS SISTEMAS PRISIONAL E SOCIOEDUCATIVO BRASILEIROS: ENTRE NARRATIVAS, RECOMENDAÇÕES E REALIDADES

THE COVID-19 PANDEMIC IN BRAZILIAN PRISON AND SOCIO-EDUCATIONAL SYSTEMS: BETWEEN NARRATIVES, RECOMMENDATIONS AND REALITIES

ELAINE PIMENTEL

Doutora em Sociologia pela UFPE. Professora Adjunta dos cursos de Graduação e Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da UFAL. Líder dos grupos de pesquisa CARMIM Feminismo Jurídico, Núcleo de Estudos e Políticas Penitenciárias (NEPP) e Vice-líder dos grupos de pesquisa Núcleo de Estudos sobre a Violência em Alagoas (NEVIAL) e Grupo de Pesquisa Educações em Prisões (GPEP), todos registrados no CNPq.

ORCID: 0000-0003-2004-7968

elainepimentelcosta@yahoo.com.br

Resumo: O texto aborda a pandemia da Covid-19 nos sistemas prisional e socioeducativo brasileiros, considerando a superlotação e as condições precárias de confinamento. Analisa as medidas adotadas pelo Departamento Penitenciário Nacional e as Recomendações do Conselho Nacional de Justiça para evitar a propagação da doença, apresentando e problematizando dados oficiais sobre a infecção pelo novo coronavírus.

Palavras-chave: Prisão, encarceramento em massa, sistema socioeducativo, Covid-19.

Abstract: The text addresses the Covid-19 pandemic in Brazilian prison and socio-educational systems, considering overcrowding and precarious conditions of confinement. It analyzes the measures adopted by the National Penitentiary Department and the Recommendations of the National Council of Justice to prevent the spread of the disease, presenting and problematizing official data on infection with the new coronavirus.

Keywords: Prison, mass imprisonment, socio-educational system, Covid-19.

A pandemia da Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus, trouxe para o debate criminológico, em todo o mundo, diversas inquietações acerca dos impactos da propagação do vírus nos espaços de reclusão, sobretudo diante das condições de superlotação e precariedade comuns aos cárceres e às unidades de internação de adolescentes, o que faz das comunidades carcerária e socioeducativa verdadeiros grupos de risco.

Quando são consideradas as desigualdades sociais oriundas das opressões de gênero, raça e classe que definem a população carcerária brasileira, como bem problematiza **Juliana Borges** (2019), percebe-se que a vulnerabilidade desses grupos subalternizados à pandemia da Covid-19, nos espaços de segregação punitiva, reproduz as vitimizações estruturais – racismo, sexismo e desigualdade social – que caracterizam tão fortemente a seletividade penal no Brasil.

O Brasil, com a terceira maior população carcerária do mundo – que ultrapassa a cifra das 800 mil pessoas privadas de liberdade –, possui um sistema prisional marcado por práticas de violações aos direitos humanos já muito conhecidas e sistematicamente toleradas por órgãos responsáveis pela fiscalização dos espaços prisionais. No mesmo sentido, é o que se passa com as unidades de cumprimento de medidas socioeducativas. Essa realidade impacta na forma como o sistema de Justiça e a Administração Pública, em geral, têm atuado diante dos riscos da pandemia em espaços de confinamento que são as prisões e as unidades de internação de adolescentes, típicas instituições totais (GOFFMAN, 2003).

A tendência mundial ao encarceramento em massa (GARLAND, 2010) é uma realidade brasileira nas últimas décadas, como bem evidenciam os dados periodicamente publicados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e pelo Conselho Nacional de

Justiça (CNJ). Excedente carcerário, condições insalubres, tortura e negligências na prestação de alimentação adequada, da saúde e da educação são alguns dos aspectos que levaram o Supremo Tribunal Federal a reconhecer, por meio da ADPF 347, que o desrespeito à dignidade humana no sistema carcerário brasileiro configura verdadeiro “estado de coisas inconstitucional”, termo oriundo da jurisprudência colombiana, que representa bem as sucessivas inconstitucionalidades admitidas pelo Poder Público e pela comunidade em geral.

Ainda assim, são recorrentes, no Brasil, os discursos de legitimação do sistema punitivo (ZAFFARONI, 1991) – aqui considerado no sentido criminológico mais amplo, que envolve não apenas o sistema penal, mas também o socioeducativo –, sobretudo com a insistência de se defender a reintegração social como função das penas privativas de liberdade e das medidas socioeducativas, notadamente a internação. Isso evidencia uma verdadeira disputa de narrativas em torno das práticas punitivas no Brasil e explica a inegável contradição entre as previsões legais e a atuação do Estado no exercício do poder punitivo.

As restrições necessárias para evitar a propagação do novo coronavírus levaram a mudanças de hábitos em todo o mundo, o que envolve medidas sanitárias, isolamento social e até *lockdown*, objetivando evitar aglomerações. Diante de unidades prisionais e unidades de internação superlotadas, como as recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS), tão divulgadas pelos meios de comunicação de massa e pelas redes sociais, têm sido consideradas pelo Poder Público nos espaços carcerários brasileiros?

Em meados do mês de março de 2020, o DEPEN e o CNJ adotaram medidas administrativas voltadas ao enfrentamento da pandemia

da Covid-19 nos sistemas carcerário e socioeducativo. A primeira e mais substancial iniciativa no sentido de estabelecer diretrizes para o Poder Judiciário foi a Recomendação 62, do CNJ, publicada em 17 de março de 2020, com vigência pelo prazo de 90 dias, prorrogada em 16 de junho por mais 90 dias e posteriormente para um período de 180 dias (Recomendação 68/2020). O documento recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo (CNJ, 2020a).

O esforço do CNJ em apresentar recomendações voltadas à prevenção da Covid-19 nos sistemas prisional e socioeducativos evidencia o reconhecimento do protagonismo da atividade jurisdicional na esfera da política criminal, especialmente porque cabe ao Poder Judiciário, entre outras competências, a decretação de prisões e a determinação de solturas, a ordem de internação e a desinternação de adolescentes que respondem por atos infracionais, bem como a fiscalização dos espaços de reclusão, com vistas a prevenir e responsabilizar situações de violação aos direitos humanos de pessoas privadas de liberdade.

O documento do CNJ considera, além de outros aspectos, que *“a manutenção da saúde das pessoas privadas de liberdade é essencial à garantia da saúde coletiva e que um cenário de contaminação em grande escala nos sistemas prisional e socioeducativo produz impactos significativos para a segurança e a saúde pública de toda a população, extrapolando os limites internos dos estabelecimentos”* (CNJ, 2020, Considerando 5). Nesse sentido, o CNJ ressalta a força da pandemia, que conecta a saúde da comunidade segregada em prisões e unidades de internação à saúde da comunidade em geral. A evidência dessa aproximação é relevante porque, embora existam estudos criminológicos que demonstrem a importância de se reconhecer a estreita relação entre o cárcere e a rua, tal como faz **Manuela Ivone da Cunha** (2004), há uma tendência de se pensar os espaços de segregação punitiva como ambientes distintos da sociedade como um todo. A percepção dessa relação simbiótica entre os ambientes de confinamento punitivo e a sociedade em geral em razão da pandemia foi o que levou o Departamento Penitenciário Nacional a determinar, antes mesmo das recomendações do CNJ, a suspensão da visitação no sistema carcerário brasileiro como uma das primeiras medidas administrativas para a prevenção da propagação da Covid-19 nas prisões.

Embora a medida tenha sido necessária naquele momento, para minimizar o avanço da doença nos espaços de segregação punitiva, a suspensão das visitas causou diversos tensionamentos, sobretudo diante das dificuldades de comunicação entre pessoas privadas de liberdade e seus familiares, que ficaram sem notícias de seus entes queridos por meses. Algumas iniciativas surgiram isoladamente, principalmente por meio da atuação de profissionais do Serviço Social, a exemplo de cartas ou *e-mails*, além de chamadas de vídeo devidamente autorizadas. Ainda assim, com a imensa população carcerária e o reduzido número de profissionais de assistência social, não há como abranger todas as pessoas em privação de liberdade nas prisões e nas unidades de internação.

Além da visita em si, na maior parte das unidades prisionais do Brasil, familiares são autorizados a levar alimentos para homens e mulheres presos e adolescentes internos, considerando a insuficiência da alimentação fornecida pelo Estado. Como medida sanitária, a entrega de alimentos pelas famílias também foi suspensa, o que certamente agravou o quadro de subnutrição da população carcerária, aumentando a vulnerabilidade à infecção pelo coronavírus. Com a redução paulatina dos números de mortos e infectados no Brasil, todavia, algumas unidades da Federação começaram a planejar o retorno da visitação e da entrega de alimentos, mas ainda como medidas isoladas, que podem ser revistas com a oscilação dos números de infectados e mortos.

Na Recomendação 62/2020, o CNJ buscou abranger a comunidade

carcerária como um todo, no sentido atribuído por **Donald Clemmer** (1958), para *“reduzir os riscos epidemiológicos de transmissão do vírus e preservar a saúde de agentes públicos, pessoas privadas de liberdade e visitantes, evitando-se contaminações de grande escala que possam sobrecarregar o sistema público de saúde”* (CNJ, 2020a, Considerando 6). Assim, o documento pondera sobre o alto índice de transmissibilidade do vírus e fatores como *“a aglomeração de pessoas, a insalubridade dessas unidades, as dificuldades para garantia da observância dos procedimentos mínimos de higiene e o isolamento rápido dos indivíduos sintomáticos, insuficiência de equipes de saúde”* (CNJ, 2020, Considerando 7). Além desses fatores, é importante ressaltar a subnutrição, comorbidades e a baixa imunidade, que situam as populações reclusas e internas em condição de extrema vulnerabilidade ao contágio.

Assim, como medida administrativa, o CNJ recomendou aos magistrados, no Art. 9º da Recomendação 62/2020 que, *“no exercício de suas atribuições de fiscalização de estabelecimentos prisionais e unidades socioeducativas, zelem pela elaboração e implementação de um plano de contingências pelo Poder Executivo”* (CNJ, 2020a). O plano deve prever a realização de campanhas informativas acerca da Covid-19, ações de educação em saúde e medidas de prevenção e tratamento para agentes públicos, pessoas privadas de liberdade, visitantes e todos os que necessitam adentrar nos estabelecimentos. Além disso, o documento deve apresentar *“o procedimento de triagem pelas equipes de saúde nas entradas de unidades prisionais e socioeducativas, com vistas à identificação prévia de pessoas suspeitas de diagnóstico de Covid-19 e prevenção do contato com a população presa ou internada”* e a *“(…) adoção de medidas preventivas de higiene, tais como aumento da frequência de limpeza de todos os espaços de circulação e permanência das pessoas custodiadas e privadas de liberdade, com atenção especial para higienização de estruturas metálicas e algemas, instalação de dispensadores de álcool gel nas áreas de circulação”* (CNJ, 2020a).

No entanto, para além dessas medidas de caráter administrativo, o CNJ, compreendendo os riscos da aglomeração em espaços de confinamento punitivo, apresentou uma série de recomendações ao Poder Judiciário (Arts. 2º ao 6º), tendentes a reduzir a população carcerária e, assim, minimizar os riscos de propagação da Covid-19. Para o sistema socioeducativo, recomendou aos magistrados competentes para a fase de conhecimento na apuração de atos infracionais nas Varas da Infância e da Juventude, a aplicação preferencial de medidas socioeducativas em meio aberto e a revisão das decisões que determinaram a internação provisória. Aos magistrados com competência para a execução de medidas socioeducativas, recomendou a reavaliação de medidas socioeducativas de internação e semiliberdade para fins de eventual substituição por medida em meio aberto, suspensão ou remissão e a reavaliação das decisões que determinaram a aplicação de internação-sanção, prevista no art. 122, III do Estatuto da Criança e do Adolescente (CNJ, 2020).

No mesmo sentido, recomendou aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal, a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316 do Código de Processo Penal e aos magistrados com competência sobre a execução penal, a concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto nos termos das diretrizes fixadas pela Súmula Vinculante 56 do Supremo Tribunal Federal. Aos magistrados com competência cível, recomendou que considerassem a colocação em prisão domiciliar das pessoas presas por dívida alimentícia.

O posicionamento do CNJ, na Recomendação 62/2020, evidencia tanto a preocupação com as aglomerações inerentes aos espaços de confinamento punitivo e socioeducativo, como também revela o reconhecimento de que a atuação do Poder Judiciário é central para a realidade do encarceramento em massa, o que pode ser minimizado, neste momento de pandemia, por medidas de desencarceramento respaldadas na legislação vigente. No entanto, a cultura punitivista

que marca o Poder Judiciário brasileiro prevaleceu. Como o documento do CNJ tem natureza de recomendação, sem o condão de vincular decisões judiciais, em quaisquer instâncias, o esforço em apresentar medidas que poderiam reduzir a propagação da Covid-19 no sistema carcerário e em unidades de internação de adolescentes não alcançou os fins almejados.

Apesar de algumas decisões isoladas se alinharem às recomendações do CNJ, por todo o Brasil houve imensa resistência em adotar o desencarceramento como medida preventiva à pandemia. Também com base na Recomendação 62/2020 do CNJ, muitos foram os *habeas corpus* impetrados com fundamento na suscetibilidade de pessoas integrantes de grupos de risco à infecção pelo novo coronavírus. As muitas decisões denegatórias demonstram que, entre o exercício do poder punitivo do Estado e o direito fundamental à saúde de pessoas privadas de liberdade, tende a prevalecer a força das práticas punitivas no Brasil.

Em que pese uma forte indicação de medidas de desencarceramento na Recomendação 62/2020 do CNJ, o art. 8º do documento caminhou no sentido contrário ao admitir, "em caráter excepcional e exclusivamente durante o período de restrição sanitária, como forma de reduzir os riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerar a pandemia de Covid-19 como motivação idônea, na forma prevista pelo art. 310, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Penal, para a não realização de audiências de custódia" (CNJ, 2020a).

Esse dispositivo abriu o perigoso precedente, no sentido da relativização da audiência de custódia como procedimento relevante para a defesa dos direitos humanos – diante de ilegalidades e tortura, principalmente – de pessoas presas em flagrante durante a pandemia, momento em que o isolamento social desfavorece os mecanismos de controle informal dos órgãos de segurança pública.

Em 17 de junho de 2020, o CNJ publica a Recomendação 68 (CNJ, 2020b), que complementa a Recomendação 62, para indicar procedimentos a serem adotados na hipótese de o Tribunal optar pela suspensão excepcional e temporária das audiências de custódia. Com o fito de evitar a medida extrema de suspensão das audiências de custódia durante a pandemia da Covid-19, a alternativa encontrada por alguns Tribunais de Justiça foi a inserção desse procedimento judicial no rol das demais audiências realizadas por videoconferência. Foi nesse sentido que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo emitiu o Provimento CSM 2564/2020, de 06 de julho de 2020, generalizando a possibilidade de realização das audiências com réus presos e adolescentes em situação de internação, o que envolvia a audiência de custódia. O Conselho Nacional de Justiça, porém, aprovou, em 10 de julho de 2020, Resolução que regulamenta e estabelece critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por meio de

videoconferência durante o estado de calamidade da pandemia, excluindo as audiências de custódia do rol desses procedimentos, diante da relevância da audiência presencial em juízo.

Com as medidas administrativas e judiciais adotadas visando prevenir a propagação da Covid-19 nos sistemas prisional e socioeducativo brasileiros, qual é, então, o panorama da infecção pelo coronavírus nas prisões e nas unidades de internação de adolescentes passados pouco mais de 6 meses da chegada da pandemia no Brasil?

Segundo dados do DEPEN (2020), até 7 de setembro de 2020, foram testadas 68.518 pessoas integrantes da comunidade carcerária (homens e mulheres presos, policiais penais e demais agentes públicos), havendo a confirmação de 19.924 casos de Covid-19, sendo 18.929 recuperados e 105 óbitos. Entre os óbitos, 79 são de servidores do sistema, conforme relatório do CNJ (2020c). Havia ainda 4.257 casos suspeitos. Se considerarmos, porém, que a população carcerária brasileira ultrapassa a cifra das 800 mil pessoas presas, percebemos que o número de testes realizados não alcança sequer 10% das pessoas privadas de liberdade. Assim, o Brasil não conhece o panorama real das infecções pelo novo coronavírus no sistema prisional, de modo que os números certamente são bem mais expressivos do que os dados oficialmente apresentados.

No sistema socioeducativo, de acordo com dados do CNJ (2020c), foram confirmados, até 2 de setembro de 2020, 3.593 casos de Covid-19, sendo 2.745 entre servidores e 848 entre internos. Foram registrados 19 óbitos de servidores e nenhum óbito de adolescente interno.

É importante ressaltar, todavia, que uma das características da pandemia da Covid-19 no Brasil, sobretudo nos três primeiros meses de enfrentamento, consiste na dificuldade de se definir o diagnóstico durante o ciclo da doença e mesmo depois do óbito. Isso significa que muitas pessoas foram infectadas, mas sem o devido diagnóstico preciso, e não figuram nas estatísticas. Estima-se, portanto, uma grande subnotificação nos números oficiais de infecção e morte por Covid-19 em todo o País. Se isso é verificado para a população em geral, também é uma realidade dentro dos espaços de segregação punitiva e socioeducativa, sobretudo com a testagem pouco abrangente.

Assim, é preciso acompanhar e problematizar os dados da pandemia nos sistemas punitivo e socioeducativo brasileiros, bem como as medidas administrativas e judiciais que impactarão nos desdobramentos da infecção por coronavírus nesses espaços. Somente quando findada a pandemia será possível delinear um panorama que mais se aproxime à realidade da propagação da Covid-19 entre homens, mulheres e adolescentes privados de liberdade, bem como entre agentes públicos que atuam nos espaços de segregação punitiva.

REFERÊNCIAS

BORGES, Juliana. *O que é encarceramento em massa?* Belo Horizonte-MG: Letramento: Justificando, 2018.

CLEMMER, Donald. *Prison Community*. 2. ed. Nova Iorque: Holt, Rinehart and Winston, 1958.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação Nº 62*, de 17 de março de 2020a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 7 set. 2020.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação Nº 68*, de 17 de junho de 2020b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3364>. Acesso em: 07 set. 2020.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Boletim Covid-19*, de 02 de setembro de 2020c. Brasília, 2020b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-02.09.20.pdf>. Acesso em: 7 set. 2020.

CUNHA, Manuela Ivone P. da. As organizações enquanto unidades de observação e de análise: o caso da prisão. *Etnográfica*, Braga, v. III (1), p. 151-157, 2004.

DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. *Detecções/suspeitas de coronavírus nos sistemas prisionais brasileiros*. Disponível em: <https://app.powerbi.com/w?r=eyJrjoiYThhMjk5YjgtZWQwYS00ODkLTg4NDgtZTFhMTgzYmQ2MGVliiwidCl6ImVIMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>.

Acesso em: 7 set. 2020.

GARLAND, David. (org.). *Mass imprisonment: social causes and consequences*. London: Sage Publications, 2010.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução Vânia Romano Pedrosa, Air Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

Autora Convidada

EMERGÊNCIAS, DIREITO PENAL E COVID-19: POR UM DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA HUMANITÁRIO

*EMERGENCIES, CRIMINAL LAW AND COVID-19:
FOR AN EMERGENCY HUMANITARIAN CRIMINAL LAW*

Bruno Rotta Almeida

Doutor e mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Estágio de Pós-Doutorado em Criminologia e Sociologia Jurídico-Penal pela Universidade de Barcelona. Professor da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPel. Coordenador-adjunto do Departamento de Sistema Prisional do IBCCRIM.
ORCID: 0000-0001-6715-4299
bruno.ralm@yahoo.com.br

Patrick Cacicedo

Pós-doutorando, doutor e mestre em Direito Penal pela USP. Defensor Público do Estado de São Paulo. Coordenador do Departamento de Sistema Prisional do IBCCRIM.
ORCID: 0000-0002-5623-8224
patrickcacicedo@gmail.com

Resumo: O artigo analisa o problema do novo coronavírus (COVID-19) nas prisões a partir da contraposição entre o chamado Direito Penal de emergência e a emergência humanitária das prisões no Brasil, agravada pela pandemia. A partir do reconhecimento do atual momento do sistema punitivo como um novo marco da história de massacres nas prisões do país, propõe-se um Direito Penal de emergência humanitário como medida de política criminal de desencarceramento.

Palavras-chave: Direito Penal de emergência, COVID-19, política criminal, prisões, desencarceramento.

Abstract: The article analyzes the problem of the new coronavirus (COVID-19) in prisons from the contrast between the so-called emergency criminal law and the humanitarian emergence of prisons in Brazil, aggravated by the pandemic. Based on the recognition of the current moment of the punitive system as a new milestone in the history of massacres in the country's prisons, a humanitarian emergency criminal law is proposed as a measure of criminal policy of prisoners extrication.

Keywords: emergency criminal law, COVID-19, criminal policy, prisons, prisoners extrication.

Introdução

A expansão do Direito Penal é um fenômeno cuja incidência é notória nas últimas décadas, seja por meio das transformações na estrutura do delito, seja pelo crescimento do número de pessoas criminalizadas. No primeiro caso, o Brasil acompanha uma tendência de tantos outros países, com transformações na criminalização primária caracterizadas pelo maior destaque aos crimes de perigo, ampliação de normas penais em branco, novos contornos de desmaterialização do bem jurídico, dentre outras,¹ que foram seguidas por uma inflação legislativa em matéria penal. No segundo caso, o Brasil se distancia de boa parte dos países do ocidente por ter levado a cabo um processo de criminalização secundária nas últimas três décadas de tamanha expressividade, que singulariza seu expansionismo penal.²

Em um e outro caso, contribuiu de maneira decisiva o chamado Direito Penal de emergência, vetor de uma política criminal que aposta no endurecimento das normas penais como forma de responder às demandas sociais por segurança pública. Ocorre que, paradoxalmente, a expansão punitiva materializada em um processo de encarceramento em massa converteu o sistema penitenciário brasileiro em um caso de verdadeira emergência humanitária, dada a piora significativa nas condições de aprisionamento de centenas de milhares de pessoas.

Em meio a esse quadro, irrompe uma emergência sanitária em decorrência da pandemia do novo coronavírus (COVID-19), que por suas características específicas torna ainda mais delicada a crise humanitária nas prisões. Esse fenômeno tem gerado reflexões

por todo o mundo e demanda a tomada de ações concretas e emergenciais, especialmente no campo da execução penal.

O Direito Penal de emergência

Emergência remete à ideia de urgência que uma determinada situação deve ser atendida em razão da sua gravidade. Presente em diversas circunstâncias da vida social, em alguns casos a resposta à crise emergencial demanda interferência do direito. Em muitos casos, a emergência pode requerer uma ampliação na esfera de direitos, como maior proteção ambiental ou incremento de verba para alguma salvaguarda social, por exemplo. Há ocasiões, contudo, em que as soluções aventadas para enfrentar a urgência encontra no direito posto uma barreira. Em tais circunstâncias, as próprias Constituições costumam prever estados específicos de restrições de direitos, como faz a brasileira com o estado de defesa e o estado de sítio.

Se há emergências reais e que demandam intervenções que incluem modificações na ordem jurídica, existem situações em que a emergência é construída ou que, mesmo real, a solução para enfrentá-la não encontra no direito a resposta adequada. A emergência, que por definição contém alguma situação de risco, não deixa de ser ela própria um perigo – notadamente quando construída – a direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, a emergência tem sido o instrumento por meio do qual os distintos grupos de poder têm podido ver realizadas muitas das suas aspirações políticas.³

Na esfera penal, as ligações entre direito e emergência ganham especial relevância a partir da década de 1970, na Itália, com as transformações legislativas que decorreram de ampla campanha

mediática e da opinião pública para pressionar as autoridades no controle da criminalidade, especialmente nas questões envolvendo o terrorismo e a máfia.⁴ Um conjunto de leis de exceção foi aprovado, conferindo maiores poderes à polícia e aos juízes, além de violar uma série de garantias do acusado tanto no Direito Penal quanto no processo e execução penal.

Esse movimento político-criminal, que passou a ser conhecido como Direito Penal de emergência, tomou corpo em boa parte do mundo com uma inflação legislativa em momentos de apelo social influenciada pelos meios de comunicação. Como regra, problemas preexistentes são construídos como uma emergência a partir de algum caso específico, que ganha projeção midiática, e propõe-se como solução o aumento do rigor da lei penal. A política criminal passa a ser dotada de uma lógica simplista para acalmar os reclamos pela solução da emergência criada e a pena é alçada à categoria de resposta única a problemas que historicamente não é capaz de resolver.

A falta de comprovação dos efeitos declarados do Direito Penal de emergência não impede que sua consequência real se materialize, pois mesmo sem solucionar a questão para a qual foi idealizada, as modificações legislativas permanecem no ordenamento jurídico de modo definitivo.⁵ A construção da emergência é, portanto, um mecanismo para o endurecimento penal definitivo, que, sem o seu apelo, teria maior dificuldade para se impor como engenho de ampliação do poder punitivo estatal.

No Brasil, é exemplo do Direito Penal de emergência a criação do regime disciplinar diferenciado pela Lei 10.792/03. Resposta à pressão midiática e política que decorreu de rebeliões em presídios em São Paulo e no Rio de Janeiro,⁶ o RDD inaugurou uma nova política penitenciária de exceção caracterizada pelo confinamento extremo, que suplantou direitos fundamentais e se concretizou como uma das formas de pena cruel e degradante no Brasil. A crise penitenciária que motivou a construção da emergência não era uma novidade, senão uma manifestação rotineira das dinâmicas prisionais no Brasil, que tampouco deixaram de existir após 17 anos de vigência do regime de exceção, como nos revelam os massacres dos últimos anos em diversos estados brasileiros.⁷

O Direito Penal de emergência trabalha, pois, com emergências artificialmente construídas por pressão midiática a partir de casos que tomam a atenção da opinião pública e apresenta respostas inadequadas e violadoras de direitos e garantias fundamentais que, a despeito de não realizarem seus objetivos declarados, permanecem na ordem jurídica, produzindo efeitos materializados na expansão do poder punitivo do Estado e na violação concreta de direitos humanos. Trata-se, portanto, de um instrumento autoritário de política criminal, que aposta no endurecimento penal como forma de responder a problemas que ele não é capaz de solucionar, mas que segue em vigor mesmo que a situação problemática que o originou não tenha se modificado na realidade concreta.

Prisões no Brasil e emergência humanitária

O ambiente prisional brasileiro é um cenário de vulnerações cotidianas e sistemáticas, onde a população privada de liberdade se enquadra numa massa selecionada com notórios marcadores: pobreza, etnia, cor da pele, formas de exteriorização, situação familiar, gênero, delitos cometidos etc.⁸ Conforme dados do CNJ (Portal BNMP),⁹ o Brasil possui 886.333 pessoas privadas de liberdade. Atualmente, a população presa é oito vezes maior do que há 30 anos atrás. Junto ao encarceramento massivo e seletivo também se verifica um alto nível de superlotação. O censo Infopen¹⁰ registrou, em 2019, um déficit de vagas no sistema prisional brasileiro de pouco mais de 312.000, alcançando um percentual de superlotação prisional de cerca de 170%.

As constantes violações identificadas no sistema penitenciário brasileiro ofendem a dignidade humana e toda a distribuição de

políticas de acesso aos direitos sociais, como saúde, educação, trabalho, proteção à maternidade e à infância. Essas vulnerações, somadas às condições prisionais desumanas, corroboram um aprisionamento em tese ilegítimo.

A desumanidade nas prisões inicia na seleção e exclusão das pessoas que integram grupos sociais marginalizados e se solidifica nas persistentes violações dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade. A omissão do Estado em dignificar a estrutura carcerária escancara uma normalidade do desumano.¹¹ Para **Juliana Borges**,¹² os sistemas punitivos são fenômenos sociais, que se constituem a partir de uma ideologia hegemônica e absolutamente ligada à sustentação de determinados grupos sociais em detrimento de outros. Mais do que transcorrido pelo racismo, o sistema punitivo, estabelecido e ressignificado historicamente, reconfigura e mantém a opressão que tem na hierarquia racial um dos pilares de manutenção. Com efeito, as bases de atuação do sistema penal brasileiro não conseguiram se divorciar por completo de seu passado colonial, de maneira que o racismo constitui um referencial central e determinante de sua atuação.¹³ Assim, as condições de cumprimento de pena são precedidas de atos de repunição. Nos espaços de privação de liberdade, como a prisão, a população negra – grande parte da população prisional – vive em condições subumanas, submetida à superlotação, à falta de água, comida, deficitário atendimento médico, cujas condições propiciam a prática do genocídio, do extermínio da juventude negra.¹⁴

O Brasil configura uma questão penitenciária contraditória: admite ambientes prisionais que potencializam a morte e o risco de morte das pessoas presas ao lado de leis e discursos normativos pretensamente civilizados.¹⁵ As degradantes condições estruturais e operacionais do sistema punitivo brasileiro são importantes elementos para compreender a desumanidade e especialmente o fenômeno mortes sob custódia prisional no país.

O atual momento do sistema punitivo é mais um marco da história de massacres nas prisões do país. Além de Carandiru, em 1992, Crimes de Maio, de 2006, e os massacres ocorridos de 2010 a 2019 em várias unidades prisionais do país, o contexto de Covid-19 se apresenta como um padrão de mortalidade e exposição ao risco de morte em ambientes prisionais. O próprio significado da vida digna em prisão¹⁶ é reconfigurado a uma nova imposição de dor.

As informações penitenciárias registradas nos Censos Infopen se aproximam ao que **Elías Neuman**¹⁷ chamou de *prisão-morte*, pois demonstram vulnerações que violam a dignidade humana e também toda a gama de direitos individuais e sociais, especialmente, em consideração à Covid-19, o direito social à saúde. Trata-se de uma conjuntura que se distancia da trajetória constitucional e da incorporação dos direitos no âmbito das prisões e demonstra a existência real de uma emergência humanitária.

Covid-19

A Covid-19 exacerbou uma situação de colapso do sistema prisional brasileiro. À emergência humanitária acresceu-se uma sanitária. O panorama contemporâneo de crise epidemiológica reflete a gramática desumana nas prisões do país, amplificada pela situação de mortalidade e exposição ao risco de morte da população prisional e do pessoal penitenciário. Nesse sentido, a emergência humanitária se coloca numa posição central em defesa dos direitos humanos.

É notória a tensão política e social em torno da saúde pública, intensificada pela pandemia. O país não possui condições e estrutura adequada para o tratamento do coronavírus a todas as pessoas contaminadas, o que caracteriza um ambiente já conhecido de vulneração dos direitos dos cidadãos, notadamente o direito social à saúde. Dessa forma, a específica periculosidade da pandemia é que ela agravou uma situação de crise já existente há muitos anos em diversos países, o que pode ser traduzido como uma normalidade da exceção.¹⁸

Conforme o Boletim Semanal do CNJ sobre a Covid-19,¹⁹ foram registrados 29.403 casos confirmados de coronavírus no sistema prisional, correspondendo a um aumento de 50,6% nos últimos 30 dias e 8,2% na última semana. Desse total, 71% diz respeito a pessoas presas, e 29% a servidores. Com relação aos óbitos, foi registrado um total de 183 falecimentos, um aumento de 22,8% nos últimos 30 dias, e 3,4% na última semana. Do total de mortes registradas, 56,8% estão relacionadas a pessoas presas e 43,2% a servidores. Importante mencionar que foram realizados, segundo o mesmo Boletim, 36.899 testes em pessoas privadas de liberdade, e outros 28.777 em servidores. A taxa de contaminação entre os testes realizados na população privada de liberdade chega a 79,68%, já para os servidores esse índice é de 29,62%. O referido Boletim aponta que houve uma evolução dos casos e das mortes por Covid-19 entre pessoas privadas de liberdade em distintas regiões do país.

Diante disso, medidas foram adotadas visando enfrentar o impacto do vírus nas unidades penais. A Recomendação 62, de março de 2020, do CNJ, recomendou aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo, como, por exemplo, a reavaliação das prisões provisórias e a concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto para determinados grupos de risco citados no documento.

Ocorre que, essas medidas, tais como listadas no corpo da Recomendação, já se encontravam alicerçadas, do ponto de vista estritamente jurídico, por vários precedentes. Registra-se, em síntese, os seguintes julgados: ADPF 347 (Medida Cautelar julgada em 2015) acerca da declaração do “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário nacional, diante da violação massiva e persistente de direitos fundamentais, das falhas estruturais e da falência de políticas públicas; RE 592.581 (julgado 2015), indicando a supremacia da dignidade da pessoa humana, que legitima a intervenção judicial; RE 580.252 (julgado em 2017), considerando que é dever do Estado a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento; e HC Coletivo 143.641 (julgado em 2018), reconhecendo o STF a incapacidade do Estado em garantir cuidados mínimos à maternidade nas prisões. Em suma, tais julgados já alertavam, embora naquele momento diante de uma conjuntura de anormalidade sem Covid-19, para a necessidade de um verdadeiro Direito Penal de emergência humanitário.

No entanto, o período de pandemia demonstrou até o momento que, a despeito dos julgados acima, a própria Suprema Corte não tem respondido de maneira satisfatória aos reclamos emergências que agravaram a vida prisional no país, tanto em ações individuais²⁰

quanto em demandas coletivas, como as medidas cautelares requeridas no bojo da ADPF 347 ou mesmo *habeas corpus* coletivos para pessoas no grupo de risco.²¹

O sistema prisional brasileiro não possui capacidade de fornecer atendimento à saúde das pessoas presas. Junto a isso, o aumento contínuo e desenfreado da população prisional amplifica as violações e obstaculiza a distribuição dos recursos humanos e dos serviços penais. Nas prisões, as pessoas (população prisional, familiares, servidores etc.) estão expostas ao risco de infecção. Trata-se de uma relação de perigo concreto que pode constituir a enfermidade com relação a todas as pessoas, estando detidas ou não.²²

À guisa de conclusão: Por um Direito Penal de emergência humanitário

O Direito Penal de emergência, caracterizado pelo endurecimento das normas penais como resposta às demandas sociais por segurança pública, paradoxalmente, contribuiu com a expansão punitiva e o aumento exacerbado da população prisional. Tal processo converteu o sistema penitenciário brasileiro em um caso de evidente emergência humanitária em virtude do agravamento significativo das condições de aprisionamento do país.

Frente a isso, torna-se imprescindível reclamar por um Direito Penal de emergência sanitária, a fim de que ações concretas e emergenciais sejam tomadas especialmente no campo da execução penal, em estrito e absoluto respeito aos direitos humanos. O atual momento do sistema punitivo é um novo marco da história de massacres nas prisões do país. Trata-se de uma situação que se distancia da trajetória constitucional, e acentua o estado de colapso do sistema prisional brasileiro. A crise epidemiológica contemporânea escancarou a gramática desumana nas prisões, ampliada pela mortalidade e exposição ao risco de morte da população prisional e do pessoal penitenciário. Assim, a emergência humanitária se coloca numa posição central em defesa dos direitos humanos.

Uma ação em face da emergência humanitária acima descrita passa necessariamente por medidas de desencarceramento,²³ que elimine ou reduza a superlotação prisional e tenha como consequência a salvaguarda de vidas humanas em concreto risco nas prisões. Ao contrário do tradicionalmente chamado Direito Penal de emergência, há aqui uma verdadeira emergência, de viés humanitário, com respostas adequadas aos fins propostos e cujo resultado tem guarida no quadro normativo dos direitos humanos.

É preciso, pois, reconhecer que a real emergência é causada pelo próprio sistema penal e o Direito Penal de emergência legítimo é aquele de viés desencarcerador, que tem por resposta salvar vidas, reduzir danos e dores e reafirmar a dignidade humana. Um Direito Penal de emergência humanitário.

NOTAS

- 1 Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002; TORRES, Sergio Gabriel. Características y consecuencias del derecho penal de emergencia. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; FERRAJOLI, Luigi; TORRES, Sergio Gabriel; BASILICO, Ricardo Ángel. *La emergencia del miedo*. Buenos Aires: Ediar, 2012.
- 2 Entre 1995 e 2010, o Brasil foi o país com maior variação na taxa de encarceramento no ocidente, com aumento de 136% da população prisional. No mundo, apenas a Indonésia teve maior crescimento no período, embora seja um país com população prisional absoluta e por cem mil habitantes muito inferior à brasileira. Disponível em: www.prisonstudies.org. Acesso em: 29 ago. 2020.
- 3 TORRES, Sergio Gabriel, *Op. cit.*, p. 78.
- 4 Cf. MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2. ed. Napoli: Scientifche Italiane, 1997, p. 53 et seq.
- 5 BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do Direito Penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 103, 2008, p. 422.
- 6 Sobre a conjuntura histórica que originou o RDD, cf. CACICEDO, Patrick. Lei “Anticrime” e o Sistema Penitenciário Federal: velhos rumos de uma política

- penitenciária de exceção. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yuri (orgs.). *Pacote “Anticrime”*: aspectos penais. Reflexões críticas à luz da Lei 13.964/2019.
- 7 Florianópolis: Emais, 2020, p. 260 et seq.
- 8 Cf. o editorial do Boletim do IBCCRIM, v. 320: *Dos massacres e dos lucros: a lógica privatista, a irresponsabilidade judicial e a banalidade do extermínio nas prisões*. NEUMAN, Elías. *Victimología y control social*. Las víctimas del sistema penal. Editorial Universidad: Buenos Aires, 1994. p. 249 et seq.
- 9 CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Portal do Banco de Monitoramento de Prisões*. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/>. Acesso em: 31 ago. 2020.
- 10 BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento de Informações Penitenciárias, 2019*. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/> infopen Acesso em: 31 ago. 2020.
- 11 ALMEIDA, Bruno Rotta; MASSAU, Guilherme Camargo. A normalidade do desumano: a banalidade do mal no sistema penitenciário brasileiro. *Derecho y Cambio Social*, v. 12, 2015.
- 12 BORGES, Juliana. *O que é: encarceramento em massa?* Belo Horizonte: Letramento: Justificando, 2018. p. 39 ss.
- 13 CACICEDO, Patrick. *Ideologia e Direito Penal*. Tese (Doutorado) - Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, Universidade de São Paulo,

¹⁴ São Paulo, 2019, p. 193.
BENEDITO, Deise. 130 anos de abolição: tortura e maus tratos, o código jurídico da dor tem cor!! In: GÓES, Luciano. *130 Anos de (des)ilusão: a farsa abolicionista em perspectiva desde olhares marginalizados*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 44.
¹⁵ CHIES, Luiz Antonio Bogo; ALMEIDA, Bruno Rotta. Mortes sob custódia prisional no Brasil. Prisões que matam; mortes que pouco importam. *Revista de Ciências Sociais*, DS-FCS, v. 32, n. 45, p. 67-90, jul./dez. 2019.
¹⁶ Cf. LIEBLING, Alison. The meaning of ending life in prison. *Journal of Correctional Health Care*, v. 23, 2017.
¹⁷ NEUMAN, Elías. *El estado penal y la prisión-muerte*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001.
¹⁸ Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A cruel pedagogia do vírus*. Coimbra: Almedina, 2020.
¹⁹ CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Boletim Semanal Covid-19 no Sistema Prisional e no Sistema Socioeducativo* (atualizado até 31/08/2020). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19/registros-de-contagios-obitos/>. Acesso em: 04 set. 2020.
²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Painel de Ações Covid-19*. Disponível em:

https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html. Acesso em: 6 set. 2020. Em levantamento do início de agosto de 2020, verificou-se que o STF nega 81% dos *habeas corpus* impetrados com base na Resolução 62 do CNJ. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-nega-81-dos-hcs-baseados-na-recomendacao-62-do-cnj-sobre-a-covid-19-07082020>. Acesso em: 6 set. 2020.
²¹ Sobre gestantes e lactantes, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 186185, Relator: Min, LUIZ FUX, Decisão Monocrática, julgado em 29/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-165 DIVULG 30-06-2020 PUBLIC 01-07-2020; sobre idosos, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal HC 188997, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Decisão Monocrática, julgado em 24/07/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 28-07-2020 PUBLIC 29-07-2020.
²² RUOTOLO, Marco. *Derechos de los detenidos y constitución*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p. 222.
²³ Nesse sentido, cf. ANITUA, Gabriel Ignacio. Emergencia penitenciaria y emergencia sanitaria. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.). *Pandemia: derechos humanos, sistema penal y control social* (em tempos de pandemia). Valencia: Tirant lo Blach, 2020, p. 213 et seq.

Autores Convidados

A INCOMPATIBILIDADE ENTRE A BUSCA DA VERDADE E A LIMITAÇÃO DO PODER

INCOMPATIBILITY BETWEEN THE SEARCH FOR TRUTH AND THE LIMITATION OF POWER

Thiago Miranda Minagé

Pós Doutorando em Direito na UFRJ/FND. Doutor e mestre em Direito pela UNESA/RJ, Professor de Professo Penal da ABDConst, UNESA/RJ. Presidente da ABRACRIM-RJ. Advogado.

ORCID: 0000-0003-0829-9441

thiago@thiagominage.com.br

Resumo: O presente trabalho propõe uma análise sóbria sobre a teoria da prova, o lugar da verdade e a real finalidade do processo penal. No decorrer da pesquisa, a união do campo epistemológico com o jurídico e a coesão entre finalidade da prova e do processo penal são desafios que surgem para serem enfrentados, frente à equivocada concepção de que a valoração da prova seria algo intuitivo, utilizada por meio de habilidades comuns de nosso cotidiano, somada à contraditória finalidade probatória enquanto busca da verdade e finalidade do processo como limitador do poder e garantidor de direitos.

Palavras-chave: verdade, teoria da prova, processo penal, poder, garantias.

Abstract: The present dissertation proposes a pragmatic analysis on the theory of evidence, the place of truth and the real purpose of the criminal process. In the course of the research, the union of the epistemological field with the legal field and the cohesion between the purpose of the proof and the criminal process are challenges that arise to be faced, in the face of the mistaken conception that the valuation of the evidence would be something intuitive, used through common skills of our daily life, added to the contradictory probative purpose while searching for the truth and purpose of the process as a limiter of power and guarantor of rights.

Keywords: evidence theory, criminal proceedings, power, guarantees.

Introdução

A doutrina predominante de abrangência nacional, ressalvadas exceções pontuais, tem abordado a teoria da prova exclusivamente sob dois enfoques: *normativo* de análise das regras¹ e *finalístico* de compreensão do objetivo a ser alcançado.² Mediante o prisma meramente normativo sobre a prova, os métodos probatórios e os princípios que independem do direito são ignorados.³ E, quanto ao âmbito finalístico, deixa-se de lado a concepção de qual seria a finalidade do processo penal.

Dessa forma, dois desafios surgem e devem ser enfrentados: a união do campo epistemológico com o jurídico e a coesão entre finalidade

da prova e do processo penal, eis que encontramos uma equivocada concepção de que a valoração da prova seria algo praticamente intuitivo, utilizada por meio de habilidades comuns de nosso cotidiano, somada à contraditória finalidade probatória (busca da verdade⁴) e conflitando diretamente com a finalidade do processo penal (garantia de direitos e controle do poder).

A premissa adotada para desenvolvimento do presente artigo é a de compatibilização do aparentemente incompatível.⁵ A natureza jurídica do processo penal parece estar dissociada do sistema orientado pela compreensão da própria Constituição de 1988. Necessário, então, estabelecer referenciais semânticos (no mínimo)

para: legitimidade do Estado Democrático de Direito; natureza jurídica do processo penal; sistema processual e legitimidade do poder estatal (estado juiz).

1. Natureza Jurídica do Processo e sua Finalidade Incompatibilidades conceituais

A visão tradicional sobre o processo penal não apresenta a menor coerência sobre o seu funcionamento frente aos preceitos democráticos oriundos da Constituição, que refundou o Estado Democrático de Direito em 1988. Tal afirmativa pode ser constada de duas formas: *falta de referenciais semânticos*: aplicação da lei penal, defesa da sociedade, *in dubio pro societate* e outros; *desrespeito a direitos garantidos na constituição*: sigilo, burocracia escrita, prisão preventiva como regra e outros elementos que formam uma distorção do efetivo papel do processo penal constitucional.⁶

Os autores clássicos que antecederam o contexto constitucional de 1988 entendiam e explicavam o processo penal de forma distinta da perspectiva de hoje. Por exemplo: **José Frederico Marques**⁷ afirmava que *da prática de um fato delituoso nasce para o Estado o Direito de punir*. Observem a nítida compreensão de processo penal como *Direito subjetivo de punir*. Para o saudoso autor, a ideia de *jurisdição* é de função estatal de aplicação do direito, ou seja, processo é (era) instrumento de aplicação da lei penal.

Em momento mais recente, temos o posicionamento do Prof. **Fernando da Costa Tourinho Filho**,⁸ que embora tenha escrito já na vigência da atual Constituição, deixa clara suas matrizes teóricas em tempos passados, por exemplo: *quando ocorre uma infração penal, cabe ao próprio Estado (...) garantir a observância da lei (...) o direito de punir os infratores corresponde ao Estado*. E mais à frente arremata: *no instante em que alguém realizada a conduta proibida (...) o Estado tem o dever de infligir a pena ao autor da conduta proibida*.

Os autores citados possuem ponto em comum: foram influenciados pela doutrina capitaneada por **Vincenzo Manzini**,⁹ que promove a ideia de que a finalidade do processo penal é realizar a pretensão punitiva estatal.

Frente a essa realidade conflitante, deparamo-nos cotidianamente com práticas separatistas entre o "constitucional" do "processual" – como se isso fosse possível –, admitindo e aplicando-se um processo penal completamente alheio aos ditames estipulados na Constituição. Pois bem, aqui cabe uma pergunta a ser respondida no decorrer do texto: Entre a Constituição e o Código de Processo Penal, qual deveríamos seguir?

Essa – não adequação – do processo penal à Constituição inviabilizou que o juiz (jurisdição) compreendesse o seu lugar e consequente função no processo que, de certa forma, além de lhe conferir poderes quase que incontroláveis, acarretou um acentuado enfraquecimento da importância das partes (em especial da defesa).¹⁰ Fruto da manutenção compreensiva do processo (fora da Constituição) como *mera relação jurídica* para que o juiz satisfaça os *escopos metajurídicos* de pacificação da sociedade.¹¹

É através do procedimento que o Estado exerce seu poder e, por questões óbvias, a via procedimental incorreta acarreta a ilegitimidade estatal.¹² Significa dizer que o processo penal somente se legitima na medida em que se democratizar e for devidamente construído a partir da Constituição.¹³ O devido processo legal (atuação jurisdicional) – *dentro da Constituição* – é verdadeiro direito fundamental do cidadão, identificando, assim, sua respectiva natureza jurídica, muito bem-posta por **Jose Emilio Medauar Ommati**.¹⁴

Explicando melhor, é de extrema importância entender o fenômeno processual, conjugado com o direito material, pois é dessa perspectiva que se identifica a finalidade do processo penal. Isso não significa vincular um ao outro, muito menos transportar teorias de um para o outro, mesmo porque, apenas com essa consideração, será alcançada uma correta adequação procedimental, intimamente relacionada aos direitos fundamentais e garantias de cada indivíduo envolvido no

processo, de forma a legitimar o exercício do poder. O processo é limitador do poder e garantidor de direitos.

Assim, não se apresenta prematuro afirmar que a natureza jurídica do processo é direito fundamental e sua finalidade é a limitação do poder, bem como a garantia de direitos individuais do envolvido.

2. Produção probatória no processo penal e o estudo de sua finalidade

Indispensável iniciar essa parte da análise reconhecendo a importante contribuição de **Jordi Ferrer Beltrán** ao trabalhar a ideia de provas, em especial, no processo penal, onde afirma a necessidade de se levar em consideração a multiplicidade de particularidades existentes na seara criminal. Logo, a perspectiva compreensiva não deve partir de uma noção geral típica das ciências naturais,¹⁵ e sim, estruturada e aplicada a uma noção específica de prova e produção probatória de cunho jurídico-processual-penal.¹⁶

Como em toda perspectiva científica, a discussão dos objetivos e finalidades da produção probatória são desenhados mediante a fixação de métodos que os determinem e, a partir desta análise, observamos a primeira *zona* de aparente incompatibilidade da finalidade da prova (multiplicidade de particularidades) para com a finalidade do processo penal (direito fundamental de limitação do poder e garantia de direitos).

No livro *Verdad, error y proceso penal (un ensayo sobre epistemología jurídica)*¹⁷, de Larry Laudan, identifica-se 03 (três) objetivos/finalidades que o processo penal pode perseguir: 1) averiguar a verdade sobre a imputação;¹⁸ 2) distribuição do erro;¹⁹ e 3) valores de políticas públicas não epistêmicos.²⁰ Talvez o grande desafio a ser superado pelo estudo do processo penal – seja no campo das estruturas ou mesmo no âmbito dogmático – seja a tensão existente entre *condenação de inocente* e *absolvição de culpado*. Fato é: um sistema de justiça criminal que erra frequentemente, seja na condenação ou na absolvição, tende a não se legitimar quanto à obediência e respeito dos jurisdicionados a ele submetidos.²¹

Considerar o processo penal como um instrumento para descoberta da verdade é dizer que este processo se adequa à ideia de que se trata de sistema de justiça penal *epistêmico*.²² Em termos gerais, falar sobre epistemologia jurídica é determinar se os diversos sistemas de investigação de busca da verdade se adequam, ou não, aos procedimentos e regras estruturais, de forma a permitir a identificação de crenças verdadeiras acerca do mundo, ou seja, se há como, no processo, cumprir com seu propósito que é encontrar a verdade.²³

De certa forma, **Laudan** trabalha a ideia de que o propósito básico do processo penal consiste na busca e identificação da verdade,²⁴ pois entende que uma decisão judicial, para que seja considerada justa, depende essencialmente da identificação de *quem fez o quê*.²⁵ Ou seja, ainda que a verdade não seja, por si só, sinônima de justiça, para considerar com precisão de acerto as decisões tomadas, deve-se considerá-la como requisito essencial para obtenção dessa justiça.

Para **Michele Taruffo**, a ideia de processo é identificada como um instrumento de busca da verdade²⁶ no qual o juiz assume uma posição de historiador que busca indícios para a reconstrução histórica de um fato,²⁷ e que regras limitativas da produção probatória devem ser consideradas como institutos anti-epistemológicos.²⁸ Ou seja, a sequência de atos processuais é uma atividade epistêmica cognitiva,²⁹ pois a prova não deve guardar uma finalidade retórica ou persuasiva e sim exercer uma função heurística epistêmica de descoberta da verdade.³⁰ As premissas postas por **Taruffo** tomam por base os estudos capitaneados por **Ilama Laudan**, que pauta sua análise em critérios gerais/genéricos de conhecimento, que devem ser aplicados para se estabelecer a verdade acerca de um fato determinado.³¹

Para **Ferrer Beltrán**, o método ideal a ser adotado é o de *relação teleológica entre prova e verdade*.³² Mediante esta perspectiva, a verdade é colocada na posição de objetivo/finalidade a ser alcançada pela produção probatória. De certa forma, vincula aos enraizados

nesta concepção a ideia de que a verdade é condição para o correto exercício da jurisdição,³³ sendo alcançada apenas por meio de um processo justo³⁴ e assim, como consequência, atinge-se a almejada *decisão justa*.

Atualmente, navegamos em concepções que passam pela ideia de processo como instrumento legal para a verificação de uma imputação em que se atribui a alguém a prática de um fato definido como crime. Logo, processo seria uma opção política orientada, ou seja, todo o procedimento seria uma escolha de valor. A legitimação do exercício do poder jurisdicional se basearia na ideia de justiça em que há: um correto juízo fático, com vistas à reconstrução histórica dos fatos imputados;³⁵ um correto juízo de direito, com uma acertada interpretação da lei e aplicação da norma aos fatos; e estrita observância do rito legal.³⁶ Nesse sentido, o processo teria como finalidade a legitimação do exercício do poder.

Pela perspectiva exposta acima, temos a concepção de que justiça e verdade são, portanto, noções complementares ao exercício do poder.³⁷ Essa verdade, com as limitações expostas acima, não seria a única finalidade do processo, mas também um meio necessário para poder, adequadamente, decidir qual seria a hipótese legal aplicável ao caso concreto. Ou seja, se a descoberta da verdade é uma condição necessária para a justiça da decisão, certamente não é o único fim do processo.³⁸ A verdade é apenas um pressuposto para poder adequadamente decidir qual é a hipótese legal aplicável ao caso concreto.³⁹ Tal afirmação/constatação seria compatível com a finalidade do processo?

Ocorre que, para o alcance do objetivo/finalidade da prova (verdade), são estabelecidas regras jurídicas que possam regular a produção probatória. Pois, diferente de uma produção probatória genérica ou comum, no âmbito jurídico, não estamos diante de uma atividade livre e desregulada. Ou seja, para **Ferrer Beltrán**, o objetivo/finalidade da prova é a verificação da verdade,⁴⁰ mediante a comprovação de fatos passados,⁴¹ respeitando as regras jurídicas estabelecidas,⁴² por meio das quais as partes,⁴³ limitadas temporalmente (reconstrução histórica dos fatos),⁴⁴ apresentam ao julgador⁴⁵ elementos que possam justificar uma decisão dotada de autoridade.⁴⁶

3. A tensão entre a finalidade da produção probatória e o objetivo (e natureza) do processo penal

Entender que o processo penal deve reger-se pelo disposto na Constituição é conceber sua natureza jurídica como direito fundamental, que desencadeia uma finalidade de limitação do poder e garantia de direitos. No entanto, trabalhar com os fundamentos epistemológicos da prova penal é partir de uma premissa sobre a possibilidade de se atingir um conceito verdadeiro. Para tanto, o processo terá que ser moldado a partir de elementos estruturais que lhe permitam funcionar como um instrumento epistêmico,⁽⁴⁷⁾ ou seja, o processo deve ser entendido como um mecanismo cognitivo, que viabilize as atividades processuais voltadas à investigação, admissão, produção, valoração da prova e a própria decisão final, sempre voltadas para a descoberta da verdade. Eis o ponto.

Várias questões surgem com essa incompatibilidade. E se a verdade sempre for instrumental? E, por isso, não há nenhuma essência nem na realidade nem na verdade. Apenas ponto de vista e conveniência contextual. Processo é narrativa - acusatória e defensiva - e a busca da verdade seria/exercício do poder. A defesa está totalmente fora dessa perspectiva de exercício do poder. Por isso, explica-se o processo ser limitador do poder e garantidor de direitos. Bom, como manter a busca da verdade como legitimador punitivo?

Mesmo porque, pela perspectiva de sistema processual, quem faz a gestão do conhecimento - logo, da prova -, dizendo sobre o que foi "encontrado" o resultado seria/será a verdade. O processo é como uma máquina que depende da sintonia de suas peças para funcionar corretamente.

De fato, nessa perspectiva trabalhada pelos autores citados, a forma pela qual se compreende a atividade probatória investe o juiz

(julgador) de uma suposta aptidão para buscar e encontrar a almejada e perseguida verdade. Ou seja, se o processo é um instrumento que permite, alimenta e favorece a busca e descoberta da verdade, toda e qualquer limitação de produção probatória deve ser considerada como um óbice, um obstáculo antiepistêmico.⁴⁸

Caso observem o próprio **Ferrer Beltrán** ao enfatizar a especificidade da prova jurídica em relação à prova produzida em qualquer outro âmbito de experiência, afirmando que a atividade probatória não é livre e está submetida a um grande número de regras limitativas⁴⁹ acaba por permitir questões antiepistêmicas que, de certa forma, serão contrárias, limitativas e até mesmo impeditivas de descoberta da verdade.⁵⁰

Assim, como posto, ao considerar que o processo se adequa a um sistema penal de caráter jurídico epistêmico, teremos a seguinte questão a ser superada: aceitando a premissa posta de que a produção probatória tem por objetivo/finalidade a busca da verdade,⁵¹ cria-se uma considerável e irredutível confusão/contraposição quanto aos objetivos e finalidades do processo e suas regras processuais garantidoras de direitos e limitadora do poder, questões indissociáveis, que são consideradas como epistêmicas (busca de verdade) e não epistêmicos (limitadora do poder).⁵²

A afirmativa posta de que *limitação probatória é antiepistêmico* reflete em várias questões processuais que devem ser desmistificadas para compreensão da ideia proposta, tais como: 1) contraditório; 2) imparcialidade do julgador; 3) vedação da prova ilícita. Questões estas que, de certa forma, são essenciais para um processo penal democrático.

A falta de precisão compreensiva do processo penal acaba por ser uma ferramenta que sempre favorece a discricionariedade judicante e, desta forma, o arbítrio estatal, trazendo sérios prejuízos a toda sociedade, envolvidos e, principalmente, ao acusado.⁵³ Fruto de conceitos indeterminados, como tantos outros, dos quais está repleta nossa legislação processual penal, encontramos referencial semântico naquilo que entende o julgador. Quando não há forma precisa, não existe garantia e segurança ao indivíduo e sua defesa. Por consequência, não existe devido processo legal garantidor de direitos e limitador do poder.⁵⁴

Na medida em que se sustenta uma relação mútua de complementariedade funcional entre a compreensão da *natureza jurídica* e da *finalidade do processo* com a *finalidade da prova*, incorporando-os em uma unidade estrutural sistêmica, tudo fica mais fácil para os detentores do exercício do poder, pois, tendo ou não regras, dá-se um jeito, sempre na via da hermenêutica, em face da permeabilidade do sistema. É um verdadeiro direito alternativo às avessas, que viola significativamente direitos e garantias individuais, ou seja, aplica-se um direito que contorna as regras através das fissuras sistêmicas para se poder dizer e fazer prosperar as próprias verdades, quando não os próprios interesses.⁵⁵

Alguns passos são necessários para identificar as tensões demonstradas e retornar a caminhada de forma coerente. Caso contrário, em tempos solipsistas nos quais quem tem poder faz ou diz quase tudo que quiser, negando, na mais larga extensão, direitos e garantias fundamentais aos que mais têm e aos que menos têm.

Vejam: impondo uma metodologia limitativa da produção probatória, na qual cada parte do processo (acusação e defesa) deve ter a possibilidade de se opor ao proposto e produzido pelo outro (*examinación cruzada*), além de antiepistêmico, não permite que o processo funcione como um instrumento de descobrimento da verdade, pois, conforme afirmado por **Michelle Taruffo**, estamos frente a um processo de competição entre as partes, cada uma buscando alcançar seus objetivos, utilizando de estratégias processuais que levem à vitória,⁵⁶ ou seja, um *absurdo pensar que a partir de la batalla o del encuentro entre dos sujetos que representan posiciones diferentes surja la verdad*.⁵⁷

A imparcialidade do julgador como essência da jurisdição é também responsável pela delimitação do agir dos julgadores (juizes) para que nenhuma parte seja beneficiada em detrimento da outra, permitindo,

assim, que o juiz somente atue de forma imparcial se conduzir o processo como sujeito desinteressado no que se refere às partes, comprometendo-se, contudo, em apreciar na totalidade ambas as versões apresentadas sobre que lhe foi exposto, com igualdade de tratamento e oportunidade de manifestação dos envolvidos (partes),⁵⁸ pois, desde sua gênese, a jurisdição depende da autonomia de quem julga (para garantir a liberdade dos cidadãos ao impor limites aos demais poderes) e espera-se de sua atuação (por meio dos magistrados) um agir limitado pelo texto da lei (que advém de outro Poder – Legislativo).⁵⁹

Partir da ideia de regularidade procedimental como (uma das) condições necessárias para o exercício da jurisdição não significa uma suficiência teórica para o alcance de uma decisão que legitime o exercício do poder jurisdicional.⁶⁰ Em uma análise constitucional deste tema, devemos levar em consideração que a ideia de procedimento justo passa pelo respeito e efetivação dos direitos e garantias constitucionais inerentes ao *due process of law* – regras do jogo/processo.

Considerações finais

Diversamente da premissa majoritariamente aceita em momentos passados, a análise judicial das provas não pode ser concebida como uma simples percepção sobre fatos evidentes, em que inexiste espaço para qualquer tipo de valoração ou influência do julgador, sem que

antes, a parte contrária, também se manifeste quanto ao alegado. O processo é pautado por incertezas e, por óbvio, a valoração probatória não foge a essa lógica.

A partir de uma série de fatos básicos se formula uma hipótese que o transcende, sendo que diferentes análises de raciocínio indutivo refletem diretamente sobre a decisão a ser tomada. Parte majoritária da doutrina afirma que a função da “atividade jurisdicional criminal” é a descoberta da verdade, o que determina essencialmente a sua visão em relação às provas. Por certo, atualmente mostra-se insustentável qualquer posição extremada. A busca da verdade pautada por limitações epistemológicas e intrinsecamente relacionadas ao mecanismo processual é uma premissa adotada por aqueles que defendem a função cognitiva ou racionalista da prova.

Portanto, a análise sobre a produção probatória deve partir de uma compreensão dos objetivos do processo penal (garantia de direitos e limitador do poder). A verdade não é elemento de legitimação que autorize eventual postura ativa do julgador em sua busca ou se coloque como justificação para atos arbitrários e violadores de direitos. Em realidade, ela não é determinante da função do processo ou do julgador, mas intrinsecamente relacionada à prova, como caracterizadora de uma relação instrumental com a realidade, de modo a autorizar um controle sobre a decisão judicial em relação aos fatos julgados e à valoração realizada.

NOTAS

- 1 GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Quaestio facti* (Ensayos sobre prueba, causalidade y acción). Mexico D.F.: Fontamara, 2013, p. 11.
- 2 TARUFFO, Michele. *Proceso y Decisión*. Lecciones mexicanas de Derecho Procesal. Buenos Aires: Marcial Pons, 2012, p. 55.
- 3 BADARÓ, Gustavo H. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>.
- 4 TARUFFO, Michele, *Op. cit.*, p. 51.
- 5 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Observações Sobre os Sistemas Processuais Penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 139.
- 6 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, *Op. cit.*, p. 34.
- 7 MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas, SP: Millennium Editora, 2009, p. 1-10.
- 8 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 13. edição. São Paulo-SP: Saraiva, 2010. p. 46-56.
- 9 “Finalidad específica del proceso penal, es la de conseguir la realizabilidad de la pretensión punitiva derivada de un delito através de la utilización de la garantía jurisdiccional, o sea, la de obtener, mediante la intervención del juez, la declaración de certeza, positiva o negativa, del fundamento de la pretensión punitiva derivada de un delito, que hace valer por el Estado el ministerio público”. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal Tomo I*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América Chile 1970, 1951, p. 247-249.
- 10 NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. *Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG*, Belo Horizonte, v1, jan./jun. 2004, p. 39-55.
- 11 STRECK, Lenio. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do direito. *Revista de Informações Legislativas*, Brasília a. 49 n. 194 abr./jun. 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496574/000952675.pdf?sequence=1>. Acesso em: 01 mar. 2020.
- 12 sobre esse assunto ver: LUHMANN, Niklas. *Legitimação Pelo Procedimento*. Brasília. UNB, 1980.
- 13 LOPES JR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal*. Introdução Crítica. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 30.
- 14 “Já no âmbito do judiciário, a equidade é a exigência no sentido de que a estrutura do Poder Judiciário seja construída de tal forma que garanta a todos os envolvidos em um processo os mesmos direitos e obrigações, e mais à frente complementa “direitos fundamentais são princípios ou argumentos de princípio, devendo os juízes sempre decidir os casos a eles submetidos com base em princípios, de modo a afirmar os direitos dos cidadãos.” OMMATI, José Emílio Madauer. *Uma Teoria dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016, p. 57/58.
- 15 BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 23. “Sobre la prueba jurídica, especialmente la doctrina de los países civil law, es que la prueba jurídica no puede ser estudiada desde la perspectiva de la noción general de prueba, propia de la epistemología general y, por ejemplo, de las ciencias naturales.”
- 16 “La prueba en el derecho tendría tantas e importantes particularidades que harían necesario elaborar una noción específicamente jurídica de prueba.” BELTRÁN, Jordi Ferrer, *Op. cit.*, 2007, p. 24.
- 17 LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 23.

- 18 “El primero de esos objetivos centrales consiste en averiguar la verdad sobre el delito en cuestión y, por tanto, en evitar el pronunciamiento de veredictos falsos; que es a lo que llamo el objetivo de la reducción del error.” LAUDAN, Larry, *Op. cit.*, p. 22.
- 19 “El segundo parte del reconocimiento de que, sin importar cuánto quieren evitarse, de ve en cuando, ocurrirán erros. LAUDAN, Larry, *Op. cit.*, p. 22.
- 20 “El tercer conjunto de valores a cuya materialización se encaminan los sistemas de justicia penal (no sólo el de Estados Unidos) con las clases de error a las que hemos aludido, sino que se enfocan en otros asuntos también considerados importantes en el desempeño del sistema de justicia penal. (...) Me referiré a esta variedad de intereses como valores de política pública, no-epistémicos. Tales cuestiones son consideradas aquí debido a que, pese a que no forman parte del proyecto de la búsqueda de la verdad, su implementación frecuentemente genera obstáculos para aquél.” LAUDAN, Larry, *Op. cit.*, p. 22.
- 21 LAUDAN, Larry, *Op. cit.*, p. 37.
- 22 “Por tanto, parece adecuado decir que, con independencia de otras características, un sistema de justicia penal es primordialmente un motor epistémico, es decir, un dispositivo o herramienta para descubrir la verdad a partir de lo que a menudo comienza con una mezcla confusa de pistas e indicios.” LAUDAN, Larry, *Op. cit.*, p. 23.
- 23 LAUDAN, Larry, *Op. cit.*, p. 23.
- 24 “(...) el propósito básico del proceso penal onside en la determinación de la verdad.” LAUDAN, Larry, *Op. cit.*, p. 22.
- 25 “Ello debido a que una resolución jurisdiccional justa depende crucialmente de establecer correctamente quién hizo qué cosa a quién.” LAUDAN, Larry, *Op. cit.*, p. 23.
- 26 “(...) la verdad constituye uno de los objetivos principales sobre el cual se debe de orientar el proceso.” TARUFFO, Michele, *Op. cit.*, p. 51.
- 27 TARUFFO, Michele, *Op. cit.*, p. 52.
- 28 TARUFFO, Michele, *Op. cit.*, p. 51.
- 29 “(...) pensar o interpretar la secuencia de las acciones de lo que sucede durante un proceso como si se tratara de una actividad de tipo epistémico cognitivista.” TARUFFO, Michele, *Op. cit.*, p. 51.
- 30 “Como y alo mencionaba, las funciones de la prueba, por lo menos, desde el punto de vista del jue, no son las retóricas o persuasivas, sino que se trata de funciones heurísticas y epistémicas, es decir, la prueba sirve para descubrir la verdad.” TARUFFO, Michele, *Op. cit.*, p. 53.
- 31 “(...) los criterios generales que deberían de aplicarse en cada ocasión en la cual una persona tine la pretensión de establecer la verdad acerca de un hecho determinado.” TARUFFO, Michele, *Op. cit.*, p. 52.
- 32 BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 62.
- 33 LAUDAN, Larry, *Op. cit.*, 2006.
- 34 “(...) procedimientos y reglas que estructuran y regulan un proceso penal conducen genuinamente a la averiguación de la verdad.” LAUDAN, Larry, *Op. cit.*, 2006, p. 23.
- 35 No sentido de que a verdade é condição necessária, mas não suficiente para a justiça das decisões, cf.: LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 23.
- 36 Segundo Michele Taruffo, a justiça de uma decisão está condicionada a um correto juízo de fato, à correta escolha e interpretação das regras jurídicas, bem como ao emprego de um procedimento válido, ou seja, a relação da verdade como objeto da atividade probatória se perfaz através da reconstrução histórica dos fatos.
- 37 GÖSSEL, Kark Heinz. *La verdad en el proceso penal ¿Es encontrada o construida?*

- In: DONNA, Edgardo Alberto (dir.). *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*. Obras completas. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 23.
- ³⁸ HASSEMER, Winfried. *Verdad y búsqueda da verdade en el proceso penal*. La medida de la Constitución. Mexico D.F.: IBIJUS, 2009, p. 11.
- ³⁹ BADARÓ, Gustavo H. Editorial dossiê "Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos". *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>
- ⁴⁰ "(...) y el éxito de la institución probatoria se produce cuando las proposiciones sobre los hechos que se declaran probadas son verdaderas. Ahora bien, si parece claro ya que la averiguación de la verdad es el objetivo fundamental de la actividad probatoria en el proceso judicial...". BELTRÁN, Jordi., *Op. cit.*, p. 31.
- ⁴¹ "(...) la prueba como actividad tendría la función de comprobar la producción de los hechos condicionantes a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas...". BELTRÁN, Jordi., *Op. cit.*, p. 30.
- ⁴² "(...) a) reglas sobre la actividad probatoria; b) reglas sobre los medios de prueba; c) reglas sobre el resultado probatorio." BELTRÁN, Jordi., *Op. cit.*, p. 35.
- ⁴³ "Em todo proceso judicial hay una intervención decisiva de las partes en lo que se refiere a la prueba." BELTRÁN, Jordi., *Op. cit.*, p. 38.
- ⁴⁴ "Así, resulta claro que también en otros contextos, como la investigación científica en cualquiera de sus ámbitos, pueden darse y de hecho se dan esas limitaciones. Ello puede producir, por ejemplo, que los resultados de la investigación se prolongue durante un tiempo adicional considerable." BELTRÁN, Jordi., *Op. cit.*, p. 38.
- ⁴⁵ "(...) la decisión del juez o tribunal estará basado en un conjunto de elementos o pruebas..." BELTRÁN, Jordi., *Op. cit.*, p. 40.
- ⁴⁶ "(...) la decisión que se adopte en el proceso judicial acerca de los hechos probados está dotada de autoridad..." BELTRÁN, Jordi., *Op. cit.*, p. 41.
- ⁴⁷ BADARÓ, Gustavo H. Editorial dossiê "Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos". *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>.
- ⁴⁸ "De est suerte, parto de la idea de que las reglas de admisibilidad y de indmisibilidad de los medios de prueba son, en términos generales, anti epistêmicos." TARUFFO, Michele., *Op. cit.*, p. 60.
- ⁴⁹ KHALED JR., Salah H. A produção analógica da verdade no processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 166-184, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.9>.
- ⁵⁰ BELTRÁN, Jordi., *Op. cit.*, p. 67.
- ⁵¹ BELTRÁN, Jordi., *Op. cit.*, 2005; LAUDAN, Larry, *Op. cit.*, 2006; TARUFFO, Michele., *Op. cit.*, 2012.
- ⁵² "La consolidación de la epistemología jurídica se vuelve mucho más difícil en vista de que, como dijimos antes, a la par de los objetivos, intereses o valores epistêmicos, también están en juego valores no-epistêmicos." LAUDAN, Larry. *Verdad, error y...*, p. 24.
- ⁵³ STRECK, Lenio. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de principio. Dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 49 n. 194 abr./jun. 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496574/000952675.pdf?sequence=1>. Acesso em: 01 mar. 2017, p. 18. Sob qualquer tese, perspectiva ou bandeira teórica que se adotem, persiste um problema fulcral na metodologia (ou teoria) do Direito: o problema das condições da interpretação e da aplicação do Direito. Há fortes indicativos de que parcela significativa dos juristas não se apercebeu do problema paradigmático envolvendo o giro ontológico-linguístico. Um dos pontos centrais está no "problema do esquema sujeito-objeto", para o qual a comunidade jurídica não presta a devida atenção. É ali, no sujeito solipsista (Selbstsüchtiger), que reside o ponto de estofo que impede a superação da cisão entre interpretar e aplicar, assim como os diversos dualismos que, desde Platão, tornam os juristas reféns da dicotomia razão teórica – razão prática.
- ⁵⁴ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1158.
- ⁵⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda., *Op. cit.*, p. 144-145.
- ⁵⁶ "Podríamos hablar mucho de esto, pero en el corazón auténtico del proceso acusatorio en el modelo norteamericano puro se encuentra la examinación cruzada de la que estábamos hablando, por lo que sí esse es el corazón del proceso acusatorio, pues entonces acabamos de ver que no funciona para el descubrimiento de la verdad, y en todo caso funciona para lo decía Pierce, esto es, para la competición entre dos sujetos, cada uno de los cuales finalmente tiene su propio interés estratégico durante el proceso y que obviamente es ganar, pero no es el portador de la verdad." TARUFFO, Michele., *Op. cit.*, p. 68.
- ⁵⁷ TARUFFO, Michele., *Op. cit.*, p. 65.
- ⁵⁸ RITTER, Ruiz Daniel Herlim. Imparcialidade no processo Penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2016. Dissertação (Mestrado) – Programa de Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Porto Alegre, 2016.
- ⁵⁹ RITTER, Ruiz Daniel Herlim. *Op. cit.*, 2016.
- ⁶⁰ "Partiendo de la idea de que también ésta es una condición necesaria, pero que no es suficiente para la justicia de la decisión, quien leyó el artículo podrá recordar que yo dije que las condiciones de la justicia de las son tres." TARUFFO, Michele., *Op. cit.*, p. 201.

Autor Convidado

ALGORITMOS E RACIONALIDADE NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: UMA RELAÇÃO POSSÍVEL

ALGORITHMS AND RATIONALITY IN CRIMINAL INVESTIGATION: A POSSIBLE RELATION

Marcella Mascarenhas Nardelli

Doutora em Direito Processual pela UERJ e mestre em Políticas Públicas e Processo pela Faculdade de Direito de Campos. Professora de Direito Processual Penal da UFJF.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8197471261339030>

ORCID: 0000-0002-2786-7339

marcellamascarenhas@hotmail.com

Fabiana Alves Mascarenhas

Doutora e mestre em Sociologia e Direito pela UFF. Professora de Direito Processual pela UNIVERTIX

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3671661590097981>

ORCID: 0000-0001-9120-3054

famascarenhas@live.com

Resumo: O presente artigo parte da premissa de que a investigação criminal precisa se desenvolver sob parâmetros epistêmicos, com apoio em métodos válidos de raciocínio capazes de orientar a atividade de determinação de hipóteses e formação do conjunto informativo. A fim de minorar os efeitos distorcivos dos vieses cognitivos que comumente afetam o investigador e para proporcionar melhores condições para o alcance do ideal delineado, sugere-se que a inteligência artificial pode oferecer ferramentas interessantes para auxiliar e tornar a atividade mais racional e menos sujeita a erros, de modo a contribuir com acusações mais responsáveis e melhores condições defensivas.

Palavras-chave: Investigação criminal, Inteligência Artificial, Prova Penal.

Abstract: This article starts from the premise that criminal investigation needs to be developed under epistemic parameters, with support in valid reasoning methods capable of guiding the fact-finding activity. In order to reduce the distorting effects of cognitive biases that commonly affect the trier of fact and to provide better conditions for achieving the outlined ideal, it is suggested that artificial intelligence can offer interesting tools to assist and make the activity more rational and less subject to errors, in order to contribute with more responsible accusations and better conditions to criminal defense.

Keywords: Criminal investigation, Artificial Intelligence, Criminal Evidence.

É cada vez mais expressiva a atenção dedicada por profissionais e teóricos do direito ao tema da prova, sendo também crescente a sua abordagem multidisciplinar – à luz da epistemologia jurídica e da psicologia cognitiva, por exemplo. Esses esforços denotam uma gradual mudança de perspectiva em relação à forma técnica e juridicamente limitada em meio a qual as questões probatórias tradicionalmente vinham sendo trabalhadas até então. Em meio a este movimento, o problema dos erros judiciais ganha outro sentido a partir de novas perspectivas de análise, na medida em que os próprios procedimentos e práticas empregados na persecução penal passam a ser questionados com base em pesquisas e contribuições desses outros ramos do conhecimento.

Tanto a adequada definição da hipótese fática a ser sustentada pela acusação em juízo – a qual indicará todas as questões de fato subjacentes à pretensão acusatória – quanto a confiabilidade do conjunto probatório que servirá de base para a decisão judicial dependem, em grande medida, de que a investigação criminal se desenvolva de forma racional e a partir de parâmetros acertados. Os rumos da atividade de busca e coleta de elementos informativos na fase preliminar condicionarão, por certo, a confiabilidade do juízo de fato que terá lugar na etapa processual. É por este motivo que se pode afirmar que *“um processo penal epistemicamente comprometido não pode fechar os olhos para a fase que lhe antecede e prepara.”*¹

A validade das conclusões obtidas a partir da investigação preliminar se vê influenciada, em grande medida, por fatores de ordem cognitiva que comumente afetam os processos de raciocínio e tomada de decisão em condições de incerteza. Embora conhecidos e estudados os impactos das heurísticas e vieses cognitivos sobre o juízo de fato – especialmente no que se refere ao papel do julgador –, permanecem ainda pouco exploradas as repercussões práticas sobre aqueles que determinam os próprios rumos da atividade investigativa. A compreensão desses fatores e possíveis formas de evitar seus efeitos distorsivos ao longo do inquérito policial é fundamental para evitar que pessoas inocentes acabem passando de suspeitas a condenadas em virtude de um grave ciclo vicioso.

Os chamados vieses cognitivos são distorções causadas, normalmente, pelos atalhos mentais – heurísticas aos quais a mente humana recorre com o fito de simplificar ou facilitar a análise e processamento de informações complexas. É nesse contexto que tem lugar o fenômeno que **Findley** e **Scott**² denominam *tunnel vision*, representado como um “compêndio de heurísticas comuns e falácias lógicas” por meio do qual direciona-se o foco exclusivamente em determinado suspeito, o que leva à seleção e filtragem das provas que construirão um caso suscetível de condenação, ignorando e suprimindo, por outro lado, as provas capazes de conduzir a hipóteses e suspeitos alternativos. Por esse processo, o foco em uma explicação em particular torna-se capaz de determinar que todas as provas de um caso sejam filtradas pelas lentes desta mesma conclusão, de modo que os elementos com ela incompatíveis sejam desqualificados ou tidos como irrelevantes.

Na medida em que a identificação dos primeiros elementos informativos conduza a uma versão explicativa plausível acerca do caso, a perspectiva de alterar essa conclusão precoce se mostra praticamente impossível, ainda que diante do surgimento de outros elementos contraditórios. A ideia é que, diante de uma falsa confissão, por exemplo, todos os elementos subsequentes – por mais frágeis que sejam – passem a ser interpretados como prova satisfatória a corroborar a hipótese de culpa. Um reconhecimento de pessoa em que a vítima tenha se mostrado reticente e em dúvida pode ter essa hesitação interpretada como decorrente do decurso do tempo, por exemplo, ao invés de sinalizar para a fragilidade da prova – o que seria de se concluir na ausência do efeito nocivo de uma confissão prévia.

Segundo os autores, essa tendência é, em maior medida, produto da condição humana e das pressões culturais e institucionais a que os sujeitos estão submetidos, e não propriamente um ato de

malícia ou indiferença. É de se considerar, entretanto, o potencial de alguns procedimentos institucionais no âmbito da justiça criminal em condicionar a manifestação dessas distorções cognitivas.³

Fatores de ordem estrutural, afetos à própria configuração do modelo de inquérito policial delineado pela lei processual, são capazes de gerar reflexos negativos sobre a qualidade epistêmica do produto da atividade investigativa. O caráter naturalmente inquisitivo e discricionário por meio do qual se desenvolvem as investigações e a ausência de uma disciplina clara para a investigação defensiva contribuem para que, não raras vezes, determinadas linhas não sejam suficientemente exploradas. E a falta de efetivas condições de identificação de fontes de prova é especialmente grave para a defesa diante dos riscos ocasionados pela perda de uma chance probatória.⁴

O fato é que, tal como exigível das conclusões fáticas alcançadas pelo juiz em sua decisão, também é necessário que a busca pelas fontes de prova e a reunião dos elementos informativos não decorram de um acaso investigativo ou de um suposto *feeling* do investigador, algo que só faz sentido no mundo ficcional das artes.⁵

Nesse ponto em particular, mostra-se relevante o recurso a possíveis ferramentas tecnológicas capazes de proporcionar aos agentes encarregados da persecução penal melhores condições de avaliar suas próprias conclusões sobre os caminhos a serem adotados ao longo da investigação.

Dentro das possibilidades de exploração da inevitável interface entre IA e Direito, para além do instrumental que permite potencializar a gestão da eficiência, enfrenta-se o desafio da aplicação das novas tecnologias para modelar o raciocínio com base em evidências legais de forma sustentável, cuja preocupação é de vital importância ao estudo da prova e consequente estruturação da decisão judicial. Na primeira perspectiva é certo que o aporte proporcionado pela IA excederia positivamente quaisquer resultados obtidos pelo ser humano, porém, na segunda, esbarra-se na delicada mecânica decisória dos julgadores e na possibilidade contestável de um sistema automatizado ser capaz de tomar decisões entendidas como eminentemente humanas.⁶

Projetos pioneiros nessa nova direção de pesquisa, ferramental para a reconstrução dos fatos a partir de vestígios já existentes e significativos em casos anteriores, foram: o ECHO, um simulador de veredictos de júri a partir de uma rede neural, que elabora hipóteses e estratégias de acusação e defesa – nesse sentido também o PEIRCE-IGTT; o ALIBI, planejador de IA simbólica, que traça um prognóstico das diferentes explicações que poderiam justificar o comportamento do réu, vindo a ser percebido como um inventor de desculpas; o STEVIE, programa que constrói narrativas coerentes a partir dos dados existentes.⁷

Um devido procedimento de investigação preliminar deve observar um método científico adequado para a definição e eliminação de hipóteses, considerando-se as premissas básicas compartilhadas pela epistemologia jurídica no que concerne ao raciocínio sobre questões de fato.

Comumente apontado como o adequado para o contexto de descoberta, o método abduutivo tem como essência a observação de um fenômeno surpreendente que leva à formulação de uma hipótese explicativa, a qual, se confirmada, explicaria as informações conhecidas e os elementos de que se dispõe, bem como permitiria inferir novos dados, passíveis de serem confirmados caso a hipótese seja verdadeira. Por conseguinte, parte-se para uma etapa que visa colocá-la à prova, a fim de confirmá-la ou refutá-la à luz de novos elementos probatórios que venham a ser reunidos (ou contraprovas).⁸

Esse raciocínio por cadeia de inferências, que leva em consideração cada elemento informativo isoladamente e o seu potencial de confirmar ou refutar a hipótese, embora considerado o mais adequado para nortear a análise no contexto da concepção racionalista da prova,⁹ não corresponde à forma habitual e rotineira

pela qual as pessoas naturalmente tendem a raciocinar sobre os fatos.

Por outro lado, condizente com uma perspectiva psicológica que remete ao modo de raciocínio de qualquer pessoa para a tomada de decisões do dia-a-dia, o modelo narrativista considera que o investigador buscará estabelecer um sentido e função para as provas disponíveis por meio da construção de histórias que expliquem os eventos, os quais são encadeados em sequência temporal. A plausibilidade dessas histórias é verificada a partir do recurso ao seu estoque particular de conhecimentos e experiências pessoais.

A despeito de se tratar de uma forma mais familiar de raciocínio, o recurso heurístico às narrativas pode ser, por vezes, perigoso.¹⁰ Na atividade de investigação, o conhecimento dos fatos se dá de modo desordenado e, na maioria das vezes, de forma indireta, pelo relato de terceiros. O encadeamento em formato de histórias ou narrativas é realizado de forma intuitiva, com o apoio em interpretações, conhecimentos e expectativas pessoais do sujeito, os quais nem sempre correspondem à realidade dos eventos. Além disso, é bastante provável que as construções tendam a se amoldar às expectativas já criadas quanto às primeiras impressões e conclusões oriundas dos elementos informativos, na medida em que conhecidos os impactos do viés de confirmação.¹¹

O ímpeto do investigador passa a ser, destarte, o de selecionar a melhor história, o que será feito, em grande medida, por meio da análise de sua coerência interna e da compatibilidade com o seu estoque de conhecimentos – em relação à forma como os fatos da mesma natureza geralmente acontecem. Ao final, satisfaz-se com uma narrativa coerente e plausível, que encontra respaldo pontual em alguns elementos de prova. No entanto, ignora-se que uma outra parte dos elementos informativos disponíveis possa, igualmente, desconstruir a história ou mesmo sustentar versões alternativas.

Ciente da tensão existente entre ambos os métodos de raciocínio probatório – o primeiro atomista, que propõe a análise individual de cada elemento de prova e seu efeito corroborativo sobre as hipóteses; e o segundo, holista, que propõe a análise dos elementos como um todo por meio de sua inserção no contexto narrativo –, **Floris Bex** buscou propor um modelo de raciocínio híbrido, responsável por combinar histórias e argumentos em um esquema que integra a racionalidade de uma análise isolada do elemento probatório com a completude de uma narrativa que integre todos os itens de informação.¹²

A arquitetura idealizada foi equacionada por meio da proposta de um software de criação de sentido para investigação de crimes idealizada por **Bex** e outros pesquisadores¹³ combinando as virtudes das posturas “atomista” e “holista”, sendo que a conformação do raciocínio jurídico sobre as provas chama a atenção por se desenvolver amparada em três importantes conceitos da teoria probatória atual: argumentos, generalizações e narrativas. Duas abordagens técnico-jurídicas que se vinculam a essa perspectiva são a *New Evidence Theory* e a *Anchored Narratives Theory*. Ambas reconhecem a importância das generalizações empíricas do senso comum no raciocínio probatório, mas diferem quanto a seu papel principal: a primeira as utiliza como elemento de conexão entre a prova e a hipótese para a construção da inferência; a segunda se vale das mesmas como âncoras das narrativas nos elementos de prova. Esta última teoria atua a partir da construção de narrativas alternativas no contexto de cada caso, comparando sua qualidade em si e quão bem elas se veem ancoradas nas generalizações do senso comum.

O *design* do modelo de raciocínio subjacente ao sistema utilizado combina a narração de histórias na forma de inferência abdução à melhor explicação com argumentação derrotável para ligar as histórias às evidências disponíveis. Os autores propõem uma combinação de duas formas de abordagem, a partir de um raciocínio que vai da causa para o efeito e do efeito para a causa, em um modelo no qual as histórias sobre o que ocorreu são representadas como redes de generalizações causais, enquanto a relação entre as provas disponíveis e os eventos na rede causal é representada como generalizações probatórias.

Descreve-se que a maneira viável para investigadores da polícia ou julgadores de fato sistematizarem a informação reunida é a construção de narrativas sobre o que poderia ter acontecido, que explicariam o que poderia ter causado a disponibilidade das evidências. Por sua vez, defende-se ainda um método de construção de argumentos a partir das evidências disponíveis para as hipóteses, aplicando generalizações de senso comum. O projeto de software denominado AVER's, portanto, descreve um modelo formal que combina as duas formas de raciocínio e o visualiza com base nessa perspectiva combinada.¹⁴

Uma outra característica relevante do modelo é a utilização de recursos gráficos, cores e efeitos de visualização das estruturas narrativas e argumentativas, que se vinculam às explicações, hipóteses ou histórias elaboradas para os casos de maneira particular. Esses recursos consistem basicamente em retângulos e linhas, flechas e conectores que os unem seguindo uma ordem horizontal e uma vertical, onde a sucessão horizontal consiste em uma espécie de linha do tempo em que os eventos ou episódios da história são concatenados e a vertical representa a ligação que existe entre cada um dos episódios centrais e os meios de prova em que se apoiam. Longe do aporte exclusivamente estético, tal preocupação persegue o objetivo de elaborar o que se conhece como “*sense-making software*”, capaz de permitir aos investigadores de casos penais ferramentas capazes de inibir ou conter os chamados preconceitos cognitivos, como o da “visão de túnel” ou o “viés de confirmação”, tão deletérios à credibilidade dos resultados das pesquisas.¹⁵

A abordagem do AVER's demonstrou ser possível delinear um universo promissor para o campo da investigação e do raciocínio sobre os fatos no processo, a partir do suporte da inteligência artificial. Apesar de algumas importantes pesquisas pontuais, uma exploração mais contundente deste diálogo veio apenas em tempos bastante recentes. Muito se dedica ao estudo e pesquisa de aplicações dos algoritmos para funções distintas no âmbito do direito, que vão desde leitura, seleção e classificação de documentos e textos, chegando até a elaboração de decisões judiciais. Pouco se discute, no entanto, as possíveis aplicações no contexto do raciocínio probatório.

Se, por um lado, a novidade do enfoque poderia ser capaz de justificar a perspectiva ainda pouco debatida, pela margem oposta, a falta de um exame mais profundo dessas ferramentas no campo do raciocínio probatório pode ser explicada pela própria inexistência de uma cultura dos profissionais do Direito com o propósito de estabelecer e se orientar por métodos e técnicas racionais na determinação dos fatos na dinâmica processual. Daí, mais uma vez e sempre, a atualidade da denúncia de **William Twining**, no sentido de que “*os fatos precisam ser levados a sério*”.¹⁶

NOTAS

¹ MATIDA, Janaina; MOSCATELLI, Livia. Justiça como Humanidade na construção de uma investigação preliminar epistêmica. *Consultor Jurídico*, 2020. Dispo-

nível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-14/limite-penal-construcao-investigacao-preliminar-epistematica>. Acesso em: 6 set. 2020.

- ² FINDLEY, K. A.; SCOTT, M. S. The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases. *Wisconsin Law Review*, n. 2, 2006, p. 292.
- ³ FINDLEY, K. A.; SCOTT, M. S. The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases. *Wisconsin Law Review*, n. 2, 2006, p. 292.
- ⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 6ª ed. Florianópolis: EMais, 2020, p. 683. Ver também: IMPROVÁVEL EP. 2. A perda de uma chance no contexto probatório. Por: com Janaina Matida. EMais: Florianópolis, fev. 2020. Podcast. Disponível em: <https://soundcloud.com/improvavel-podcast/improvavel-ep-2-a-perda-de-uma-chance-no-contexto-probatorio>. Acesso em: 6 set. 2020.
- ⁵ MACHADO, Leonardo Marcondes. Investigação criminal exige base epistemológica e fundamento democrático. *Consultor Jurídico*, 2020. Acesso em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-07/academia-policia-investigacao-criminal-exige-base-epistemologica-democratica>. Acesso em: 7 set. 2020.
- ⁶ NIEVA FENOLL, Jordi. *Inteligencia Artificial e Processo Judicial*. Madri: Marcial Pons, 2018.
- ⁷ NISSAN, Ephraim. Legal evidence and advanced computing techniques for combatting crime: an overview. *Information & Communications Technology Law*, v. 22, n. 3, nov. 2013.
- ⁸ TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013, p. 120.
- ⁹ TWINING, William. The Rationalist Tradition The Rationalist Tradition of evidence scholarship. In: TWINING, William. *Rethinking Evidence: exploratory essays*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 78.
- ¹⁰ TWINING, William., *Op. cit.*, p. 283.
- ¹¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre., *Op. cit.*, p. 153; GLOECKNER, R. J. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. v. 117, 2015.
- ¹² BEX, Floris J. *Arguments, Stories and Criminal Evidence: A Formal Hybrid Theory*. Dordrecht/Heidelberg/London/New York: Springer, 2011.
- ¹³ BEX, Floris; VAN DEN BRAAK, Susan; PRAKKEN, Henry; VERHEIJ, Bart; VREESWIJK, Gerard. *Sense-making software for crime investigation: how to combine stories and arguments?* Law, Probability & Risk 6. USA: Oxford University Press, 2007.
- ¹⁴ BEX, Floris; VAN DEN BRAAK, Susan; PRAKKEN, Henry; VERHEIJ, Bart; VREESWIJK, Gerard. *Sense-making software for crime investigation: how to combine stories and arguments?* Law, Probability & Risk 6. USA: Oxford University Press, 2007.
- ¹⁵ AGUILERA, Edgar. Investigaciones de Michele Taruffo y de la "Artificial Intelligence and Law". *Prospectiva Jurídica*, Mexico, UAEM, v. 6, n. 12, jul./dez. 2015, 31-54.
- ¹⁶ TWINING, William., *Op. cit.*, p. 14 e ss.

Autoras Convidadas

A CADEIA DE CUSTÓDIA NO PACOTE ANTICRIME

THE CHAIN OF CUSTODY IN THE ANTI-CRIME PACKAGE

Luiz Antonio Borri

Mestrando em Ciências Jurídicas pela Unicesumar. Professor de Direito Penal do Unicesumar.
ORCID: 0000-0001-7649-1270
luiz@advocaciabittar.adv.br

Rafael Junior Soares

Mestrando em Direito Penal pela PUCSP. Professor de Direito Penal da PUCPR.
ORCID: 0000-0002-0035-0217
rafael@advocaciabittar.adv.br

Resumo: A cadeia de custódia da prova tem sido objeto de diversas discussões importantes no país, apesar da até então carência de regulamentação na legislação processual penal. A partir da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), houve a introdução de diversos dispositivos que possibilitarão uma produção probatória de melhor qualidade. Pretende-se, portanto, examinar o novo tema desde a sua tramitação legislativa até as possíveis repercussões que poderão advir no cotidiano forense.

Palavras-chave: Processo Penal, Pacote Anticrime, Cadeia de custódia.

Abstract: The chain of custody of the evidence has been the subject of several important discussions in the country, despite the, until then, lack of regulation in criminal procedural legislation. From Law 13.964/2019 (Anticrime Package), there was the introduction of many legal provisions that will enable a probatory production of better quality. Therefore, it is intended to examine the new theme from its legislative process to the possible repercussions that may arise in the forensic daily life.

Keywords: Criminal proceedings, Anticrime Package, Chain of custody.

O tema atinente à cadeia de custódia da prova era carente de expressa regulamentação na legislação processual penal, muito embora a Secretaria Nacional de Segurança Pública regulamentasse a matéria pela Portaria 82, de 16 de julho de 2014, e a doutrina¹ identificasse no art. 6º, inc. I e III do Código de Processo Penal, por meio de interpretação sistemática, a necessidade de documentação da cadeia de custódia da prova.

Por conseguinte, o presente artigo tem a finalidade de apresentar algumas das inovações legislativas trazidas com a Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), indicando quais as possíveis contribuições para possibilitar uma produção probatória de melhor qualidade, preservando garantias constitucionais individuais.

A despeito da carência legislativa acerca da matéria, pode-se

apontar, a partir de 2014, textos de Geraldo Prado com ênfase no estudo da cadeia de custódia e sua relevância ao processo penal brasileiro, indicando, assim, a importância de conferir-se ciência das fontes de prova à defesa. Isto porque, como acentua o autor, a experiência histórica que precede a implementação da fase de admissibilidade da acusação no procedimento penal registra a supressão de elementos informativos por agências de repressão estatal. Logo, dificilmente o autor de ilicitudes probatórias permitiria a chegada de traços de ilicitude ao processo.²

Com base nesses estudos, afirmava-se que a cadeia de custódia da prova "abarca todo o caminho que deve ser percorrido pela prova até sua exata análise e escoreita inserção no processo, sendo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na

sua imprestabilidade”.³ Por esse motivo, acentuava-se o grande valor da preservação da idoneidade do trabalho realizado na obtenção de fontes de provas, já que, acaso desrespeitada, *“compromete o conjunto de informações que venham ser obtidas dessa maneira, tratando-se de evitar a quebra da cadeia de custódia”*.⁴

Melhor esclarecendo, Geraldo Prado assinala que, com a cadeia de custódia, objetiva-se a autenticidade da prova com o fim de minorar riscos de erro judiciário. Para tanto, aponta-se a “mesmidade” - princípio pelo qual aquilo que se encontrou na cena do crime é o “mesmo” utilizado para tomada da decisão judicial - e a desconfiança - pela qual o objeto em si ou documento não são em si mesmo o que a parte diz que é -, pois inexistente uma confiança prévia nas partes.⁵

Com efeito, o primeiro esclarecimento que deve ser feito, diz respeito ao Projeto de Lei que propiciou a inserção do instituto no âmbito normativo. Isto porque, a despeito da divulgação de que a Lei 13.694/2019 consistiu na aprovação do cognominado “Pacote Anticrime”,⁶ na realidade, o texto aprovado sobre cadeia de custódia tem origem no PL 10.372/2018, o qual foi elaborado a partir da instituição de Comissão de Juristas presidida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes.

Esse esclarecimento é importante porque, no ano de 2019, o Ministro da Justiça Sérgio Fernando Moro elaborou proposta de mudança legislativa que recebeu a nomenclatura de “Projeto de Lei Anticrime”, representado pelo PL 881/2019, PL 882/2019 e PLP 38/2019, tendo sido o PL 882/2019 apensado ao PL 10.372/2018.⁷

Note-se que no PL 882/2019, proposto pelo Ministro da Justiça, pretendia-se a inclusão de mecanismos para preservar a cadeia de custódia da prova por meio de apenas dois dispositivos legais, os quais alteravam a Lei 12.850/2013 e a Lei 9.296/96.⁸ Por óbvio, o aparecimento do termo “cadeia de custódia” pela primeira vez na legislação chamou a atenção, mas, ao mesmo tempo, não faltaram críticas, ante a insuficiência da regulamentação do assunto ou mesmo contradição na forma como redigidos os dispositivos legais.⁹

Por conseguinte, com a vigência da Lei 13.964/2019, o Código de Processo Penal contará com inclusão de seis novos artigos regulamentando o tema, definindo no art. 158-A a cadeia de custódia como *“o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”*.

Além do mais, compreende a cadeia de custódia, conforme o art. 158-B, o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas: i) reconhecimento; ii) isolamento; iii) fixação; iv) coleta; v) acondicionamento; vi) transporte; vii) recebimento; viii) processamento; ix) armazenamento; x) descarte.

Em resumo, o legislador estabeleceu todo o percurso da prova penal, desde o surgimento até o seu perecimento, com o escopo de garantir a preservação da integridade dos vestígios de um crime, documentando-se, inclusive, os agentes estatais que tiveram contato com a prova. Com isso, certamente ter-se-á ao menos mecanismos para questionar se o Estado adotou as cautelas necessárias para a manutenção da identidade do material apreendido.

No art. 158-C, seguindo a perspectiva de manter-se indene o material apreendido, confere-se preferência ao perito oficial para a coleta dos vestígios, tipificando-se como fraude processual a remoção de qualquer vestígio do crime antes da liberação pelo perito responsável. Com a finalidade de preservar o material recolhido, impõe-se que ele seja acondicionado em recipiente, o qual deverá ser lacrado, com numeração individualizada (art. 158-D, §1º), sendo

que este somente deverá ser aberto pelo perito incumbido da sua análise e, motivadamente, por pessoa autorizada (art. 158-D, §4º). Regulamenta-se, inclusive, a destinação a ser conferida ao lacre rompido, que permanecerá acondicionado no interior do novo recipiente (art. 158-D, §5º).

Como forma de viabilizar o escorreito cumprimento das exigências legais, é estabelecido que o agente público fica responsável pela preservação dos elementos eventualmente identificados por ele e com potencial interesse para o processo (art.158-A, §2º). Ademais, impõe-se que os Institutos de Criminalística passem a ter uma central de custódia, para guarda e controle dos vestígios, na qual além de espaço seguro e condições ambientais que preservem suas características originais, deve-se identificar todas as pessoas que tiverem acesso a ele, bem como, registrar data e hora (art. 158-E). Após a realização da perícia, o material deverá retornar à central de custódia, onde permanecerá, ressalvada a inexistência de espaço ou condições de armazenamento, quando, então, caberá à autoridade policial ou judiciária determinar as condições de depósito em local diverso, mediante requerimento do diretor do órgão central de perícia oficial de natureza criminal.

O avanço advindo por meio da regulamentação da cadeia de custódia é incontestável no Código de Processo Penal, definindo-se expressamente a cronologia de coleta, manipulação e transporte dos vestígios que servirão como prova contra o acusado como forma de elevar a observância às garantias constitucionais.

No entanto, em que pese o esforço do legislador, não se identificou a previsão legal acerca das consequências quanto ao descumprimento dos dispositivos legais¹⁰ ou, como tem sido chamado pela doutrina e jurisprudência, a quebra da cadeia de custódia. Em outras palavras, o que se pode notar a partir da introdução do instituto no ordenamento jurídico é que o desrespeito às etapas definidas pela lei quanto à cronologia do vestígio coletado, que vai desde o nascedouro até a valoração pelo magistrado, levará invariavelmente à constatação de inobservância das imposições legais, sem que se possa, todavia, afirmar com segurança quais seriam as obrigações do juiz no momento de se trabalhar com a prova.

Diante disso, o desrespeito à cadeia de custódia tem sido alvo de debates acerca do seu real alcance, seja pela consideração de ilicitude da prova, com seu necessário desentranhamento do processo, seja pela perspectiva de nulidade e/ou valoração, com a possibilidade de renovação dos atos ou de atribuição de menor valor probatório com sua manutenção no processo.¹¹ Por sua vez, em que pesem as respeitáveis posições existentes, deve-se considerar que diante do descumprimento das etapas atualmente estipuladas pelo legislador, conforme clara previsão contida no art. 158-B, haverá a perda da confiabilidade daquele material, o qual necessariamente deverá ser desentranhado por força da ilicitude da prova. Tal conclusão baseia-se no fato de que a reconstrução do dado ou do elemento probatório jamais poderá ser feita, tornando-se inviável laborar com perspectivas de renovação do percurso ou, ainda, de valorações da prova.

Portanto, observa-se que a nova lei trouxe avanço significativo em tema tão discutido atualmente perante os Tribunais pátrios, propiciando balizas seguras e rigorosas para que se possa oferecer maior confiabilidade da prova produzida no processo penal, bem como identificar as hipóteses de eventual quebra da cadeia de custódia. Por outro lado, seria recomendável que o legislador tivesse avançado um pouco mais, definido as consequências do descumprimento das etapas estipuladas em lei, a fim de garantir maior segurança jurídica quanto à postura das autoridades públicas no trato da produção probatória e seus desdobramentos.

NOTAS

- ¹ BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 526.
- ² PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controle epistêmicos: A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 48. Sobre o tema confira-se também PRADO, Geraldo. Ainda sobre a "quebra da cadeia de custódia das provas". *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 262, p. 16-17, set./2014.
- ³ MENEZES, Isabela A.; BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 281, jan./abr. 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.128>>. Acesso em: 23 mar. 2020.
- ⁴ MARGRAF, Alencar Frederico; PESCH, Natália Mendes. Garantias constitucionais na produção probatória e o descaso com a Cadeia de Custódia. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 106. p. 241. São Paulo: RT, mar-abr.2018.
- ⁵ PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 94-97.
- ⁶ Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/12/entenda-o-que-muda-com-a-aprovacao-do-pacote-anticrime-por-bolsonaro.shtml>>. Acesso em: 06 jan. 2020.
- ⁷ Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=2192353>>. Acesso em 06 de janeiro de 2020.
- ⁸ Lei 12.850: "Art. 3º - A O Ministério Público Federal e a Polícia Federal poderão constituir equipes conjuntas de investigação para a apuração de crimes de terrorismo, crimes transnacionais ou crimes cometidos por organizações criminosas internacionais. (...) § 2º O compartilhamento ou a transferência de provas no âmbito das equipes conjuntas de investigação constituídas dispensará formalização ou autenticação especiais, exigida apenas a demonstração da cadeia de custódia. (...)". Lei 9.296/96: "Art. 9º - A A interceptação de comunicações em sistemas de informática e telemática poderá ocorrer por qualquer meio tecnológico disponível, desde que assegurada a integridade da diligência, e poderá incluir a apreensão do conteúdo de mensagens e arquivos eletrônicos já armazenado em caixas postais eletrônicas."
- ⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Comentários ao Anteprojeto de Lei Anticrime*: Tripartido em três projetos de lei conforme versão enviada ao Congresso Nacional. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 105/106; ÁVILA, Gustavo Noronha de; BORRI, Luiz Antonio. A cadeia de custódia da prova no "projeto de lei anticrime": suas repercussões em um contexto de encarceramento em massa. *Direito Público*. v. 16, n.89. Porto Alegre, 2019, p. 126.
- ¹⁰ Essa observação também é feita por VIEIRA, Antonio. A cadeia de custódia da prova no processo penal: algumas notas sobre as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). *Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, ano 3, nº 07, fevereiro/2020, p. 27-32.
- ¹¹ MENEZES, Isabela A.; BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 292-295, jan./abr. 2018. Disponível: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.128>>. Acesso em: 23 mar. 2020.

Recebido em: 09/01/2020 - Aprovado em: 06/02/2020 - Versão final: 31/03/2020

IMPEDIMENTO POR CONTAMINAÇÃO COGNITIVA EM AÇÕES PENAIS EM CURSO: UMA ANÁLISE DO ART. 3º-D DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

*JUDGE RECUSATION BY COGNITIVE CONTAMINATION ON ONGOING CRIMINAL CASES:
AN ANALYSIS OF ARTICLE 3-D OF THE BRAZILIAN CODE OF CRIMINAL PROCEDURE*

Ricardo Maimone Lauretti

Pós-graduando em Direito e Processo Penal pela ABDConst. Bacharel em Direito pela FADI Sorocaba. Associado ao IBCCRim. Membro das Comissões de Direito Criminal e Direitos Humanos da OAB/SP – Subseção Sorocaba. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6996146732154762>

ORCID: 0000-0002-5673-3081

ricardo.lauretti@vmlaw.adv.br

Resumo: O estudo avalia as formas de aplicação da nova causa de impedimento prevista no art. 3º-D do Código de Processo Penal, aqui chamada de "contaminação cognitiva", às ações penais já iniciadas antes da entrada em vigor da lei "anticrime" 13.964/2019, analisando, sob as regras do direito intertemporal, a sua incidência em casos concretos, sua capacidade de retroação em benefício de imputados e quais as consequências da inobservância dessa recém-introduzida forma de impedimento do juiz criminal. A pesquisa conclui que a nova legislação pode incidir nos casos em andamento de três formas distintas e alerta ao risco de nulidade do processo quando não observado o novo regramento, restando necessário estabelecer qual dessas formas será aplicada aos casos vigentes.

Palavras-chave: Processo penal, Juiz de garantias, Impedimento, Direito intertemporal, Ações em curso.

Abstract: The study assesses the ways of applying the new cause of judge recusation introduced by article 3-D of the Brazilian Code of Criminal Procedure, here called "cognitive contamination", to ongoing prosecutions before the implementation of the "anti-crime" law 13.964 /2019, analyzing, by the rules of intertemporal law, its incidence in concrete cases, its retroactive capacity in benefit of the accused, and what are the consequences of non-compliance of this newly introduced form of recusation of the criminal judge. The research concludes that the new legislation can affect ongoing cases in three different ways and warns of the risk of nullification of the prosecution when non-complied, leaving it necessary to establish which of these forms will be applied to the current cases.

Keywords: Criminal procedure, Guarantee judge, Recusation, Intertemporal law, Ongoing prosecutions.

Introdução

A Lei 13.964/19 criou uma nova causa de impedimento do juiz no art. 3º-D do Código de Processo Penal (aqui chamada de impedimento por contaminação cognitiva),¹ proibindo o funcionamento, na ação penal, de magistrado que tenha praticado, na fase investigatória, atos atribuídos à recém criada figura do juiz de garantias (sobretudo, decisões típicas da fase inquisitorial, como o recebimento da denúncia, a quebra de sigilo e a prisão temporária). Essa importante alteração reforça a imparcialidade e evita a captura psíquica do juiz em favor da hipótese acusatória. A nova legislação, contudo, calou quanto a qualquer regra de transição, não estabelecendo qual seria o magistrado competente para julgamento de ações penais iniciadas sob o antigo regramento, mas ainda pendentes de decisão final. Mas, antes mesmo da entrada em vigor da lei, foi deferida Medida Cautelar em ADI pelo STF, prorrogando indefinidamente sua *vacatio legis*, e estabelecendo regras de transição, sobretudo a de que a causa de impedimento do art. 3º-D não incidiria sobre as ações penais já em curso. Partindo do pressuposto de que essa interpretação está equivocada, e prevendo o risco de milhares de ações penais serem julgadas por magistrados impedidos, investiga-se, pela análise da legislação e da produção doutrinária, a aplicabilidade, os limites e alcances dessa nova causa de impedimento às ações penais iniciadas antes da entrada em vigor da Lei 13.964/19, contribuindo também com o debate a ser travado em audiência pública no STF a respeito do instituto.

Efeitos Ex Tunc e Ex Nunc

É necessário verificar se o art. 3º-D do CPP pode retroagir seus efeitos no tempo, por força do disposto no art. 5º, XL da Constituição Federal,² atingindo atos processuais anteriores à sua vigência. Para isso, precisamos responder *a)* qual a natureza jurídica dessa norma; e *b)* se ela é compatível com a retroação constitucional. Primeiro recorremos à clássica divisão doutrinária entre normas de direito material e processual,³ que se diferenciam na medida em que o direito processual cuida das relações dos sujeitos processuais e suas posições, e o direito material trata do “bem da vida” ou, em nosso caso, dos fatos imputáveis como crimes.⁴ A retroação da lei penal mais benéfica é incontroversa, mas uma lei processual penal poderia retroagir em benefício do réu?

As normas processuais penais são classificadas em *a)* materiais ou *b)* propriamente ditas. As primeiras tratam de temas ligados ao *status libertatis* do acusado ou dizem respeito ao poder punitivo – como queixa, perempção, decadência, prisão cautelar, prisão em flagrante – e as do segundo tipo lidam com questões meramente procedimentais, como prazos de intimação.⁵ Por afetarem a liberdade individual, as do primeiro tipo possuem, mesmo que em parte, características de norma penal, estando também sujeitas à retroatividade das normas materiais, enquanto as do segundo, não retroagem. O artigo 3º-D do CPP, por ser regra de impedimento eminentemente procedimental,⁶ não trazendo conteúdo diretamente ligado ao *status libertatis* do acusado,⁷ não pode, para essa primeira corrente, retroagir em seu benefício. Aplicar-se-á, então, a regra da imediatidade prevista no art. 2º do CPP, de modo a incidir apenas aos atos processuais futuros da ação em curso, remetendo-a ao juiz de garantias.⁸

Outra linha conceitual, menos ortodoxa, porém mais alinhada à Constituição, refuta o art. 2º do CPP e sugere a retroatividade da “lei processual mais garantista”, assim compreendida como aquela mais favorável ao imputado (independente da classificação entre pura ou mista), ensejando não só a aplicação imediata da lei mais benéfica, mas a renovação dos atos processuais já realizados.⁹ Em uma leitura expansiva da expressão “lei penal” do art. 5º, XL da Constituição, o subsistema de imputação (processo penal) pertence ao sistema penal e nele está incluído, já que ambos são intrinsecamente vinculados pelo princípio da necessidade,¹⁰ devendo ser lidos sob uma ótica sistêmica.¹¹ Soma-se que o processo penal, assim como seu direito

material, também é forma de coação estatal e manifestação do poder punitivo, impactando na esfera de proteção dos imputados,¹² devendo retroagir em benefício do imputado. De modo a evitar uma retroação indistinta a todos os processos criminais já julgados no país, desestabilizando a segurança jurídica,¹³ é necessário fixar um limite de incidência dessa retroatividade, que pode ser aquele proposto no tópico seguinte (fases processuais), ou mesmo até o trânsito em julgado.¹⁴

Aplicação imediata e atos processuais pendentes

Além dos entendimentos acima, há uma terceira via. A teoria do isolamento dos atos processuais, conjugada com a regra da aplicabilidade imediata da lei,¹⁵ nos obriga a identificar quais atos processuais já foram realizados, sob a égide da lei anterior, e quais ainda estão pendentes de realização. Aos pendentes, há submissão à nova regra do art. 3º-D.

Para isso, recorremos à tradicional classificação dos atos processuais: *a)* simples e complexos; *b)* materiais e instrutórios; *c)* do juiz e das partes.¹⁶ No caso de ações penais iniciadas na regência da lei anterior, mas ainda pendentes de sentença, já foi superado o ato de recebimento da denúncia, estando pendente o ato processual complexo de instrução, que é composto de *i)* citação com apresentação de resposta à acusação; *ii)* decisão quanto à absolvição sumária; *iii)* produção de provas (dentro ou fora da audiência de instrução e julgamento); em seguida, será realizado o ato de sentenciamento.¹⁷ Um ato processual é completado quando não há pendências para sua conclusão,¹⁸ se há alguma questão do ato de instrução – que tem início após o recebimento da denúncia¹⁹ e é concluído com o interrogatório do acusado²⁰ – ainda não resolvida, o ato processual ainda não se concluiu.

O verbete “realizados” do art. 2º do CPP faz menção aos atos processuais já *concluídos*, o que não é o caso no exemplo acima.²¹ Nessa lógica, os atos processuais menores que compõem a instrução, realizados à moda antiga (como a oitiva de uma testemunha), devem ser todos refeitos, sob a presidência de outro magistrado, porque o novo regramento atribui exclusivamente a essa figura a competência para instrução e julgamento das ações penais em primeiro grau. É de se lembrar a razão de existência dessa nova regra de impedimento, que é, em síntese, evitar a contaminação cognitiva do juiz,²² vez que ele é obrigado a determinar e decidir questões incidentais (cautelares, prisão, recebimento de denúncia, etc.), tendo contato com a tese acusatória por muito mais tempo do que a defensiva. O juiz de instrução, sem contato anterior com a prova, se mostra mais imparcial para decidir o caso penal²³ e, portanto, deve ser ele o destinatário da prova colhida no ato de instrução.

Possível impacto da aplicação inadequada do art. 3º-d

A aplicação inadequada da questão aqui apresentada, qual seja, a presidência de um processo, pelo mesmo juiz, antes e depois da lei 13.964/19, pode ensejar, ainda, nulidade processual.

Embora o impedimento não esteja expressamente previsto como uma das possíveis causas de nulidade no CPP, já que o art. 564, I dispõe que haverá nulidade por incompetência, suspeição ou suborno do juiz, é possível uma interpretação analógica do texto, para equiparar, nesse sentido, impedimento e suspeição. Enquanto a incompetência é causa de nulidade em razão da matéria ou do local (formalidades legais), as outras duas se relacionam à isenção cognitiva do juiz, mesma função desempenhada pelo art. 3º-D. É dizer: o impedimento visa evitar a parcialidade do julgador, podendo ser analogicamente equiparado, quanto a sua finalidade, à suspeição, até porque, se a suspeição, figura em tese menos grave, está elencada no rol das nulidades, seria ilógico não considerar lá também inserido o impedimento, posto que se trata de rol exemplificativo.²⁴ A dificuldade, contudo, reside no reconhecimento judicial dessa nulidade,²⁵ assunto relevante, mas que foge ao escopo deste trabalho.

Considerações finais

A figura do juiz de garantias é uma inovação em prol dos direitos fundamentais e procura preservar, por meio de limites objetivos, a originalidade cognitiva do juiz, evitando sua captura psíquica no processo penal e consagrando a paridade de armas entre acusação e defesa. A nova regra de impedimento prevista no art. 3º-D do CPP tem essa finalidade e, ao se avaliar os limites e possibilidades de sua aplicação às ações penais já em curso quando de sua entrada em vigor, foi possível identificar três correntes teóricas diferentes da desvelada pelo STF nas ADIs 6298, 6299 e 6300, todas orientadas a esse objetivo legal de imparcialidade, mostrando-se mais adequadas à finalidade que perquire à nova legislação.

A primeira entende pela irretroatividade da lei nova, posto que é norma de conteúdo exclusivamente processual, sendo aplicável aos atos processuais futuros, com a remessa dos autos ao juiz de garantias para presidir o processo a partir do estado em que se encontra. A segunda rechaça esse efeito *ex nunc* da lei nova, propondo a retroatividade do art. 3º-D, já que, apesar de norma processual, fortalece garantias fundamentais, devendo ser atingida pelo disposto no art. 5º, LX da Constituição, que engloba não só

leis penais materiais, mas todo o subsistema de imputação, no que for mais benéfico ao acusado. Ainda é possível entender pela sua aplicabilidade imediata sobre todos os atos processuais ainda não realizados, assim entendidos como aqueles não iniciados ou ainda não finalizados. No caso do ato de instrução, observou-se sua complexidade (pois é composto de atos menores, a ele subordinados), se encerrando apenas com a finalização do seu último componente previsto em lei (normalmente o interrogatório do acusado). Finalmente, identificou-se que o julgamento por magistrado impedido pelo art. 3º-D do CPP pode ensejar nulidade do processo, eis que equiparada à suspeição, não se atendo o artigo, contudo, às dificuldades processuais para que a nulidade seja reconhecida.

Com isso, conclui-se pela a importância e a urgência de um amplo debate do tema à luz do que foi aqui demonstrado, antes da efetiva entrada em vigor do instituto do juiz de garantias, já que a imprecisão legislativa na elaboração da norma leva à pluralidade de entendimentos sobre a mesma questão, inclusive quanto ao momento de configuração do impedimento do juiz, certamente conduzindo a grandes celeumas jurídicas, especialmente nos processos de grande repercussão, caso a dúvida não seja resolvida.

NOTAS

- 1 A expressão é inspirada nas ideias de *originalidade e dissonância cognitivas*, expostos por Franco Cordero, que explicam a *captura psíquica* a que é submetido o juiz ao ter contato com a versão acusatória, na fase de investigação policial, sem seu necessário contraditório. André Machado Maya utiliza a expressão "contaminação subjetiva" para nomear tal fenômeno, muito embora nos pareça, feitas as escusas do preciosismo linguístico, que a locução "contaminação cognitiva" seja mais adequada, já que a *cognição* se relaciona ao processo mental de raciocínio, memória e percepção e, em sentido figurado, *contaminado* é aquele que está sofrendo influência de algo ou alguém, no caso, das impressões unilaterais deixadas pela tese de acusação, que somente serão contraditadas em momento muito distante, quando a convicção do (ser humano) juiz a respeito do caso já estará potencialmente formada. Cf. LOPES JR, Aury, RITTER, Ruiz. Juiz das garantias: é preciso acabar com o faz-de-conta-que-existe-igualdade-cognitiva..., *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 28, n. 330, maio 2020, p. 29-30 e MAYA, André Machado. *Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 33 e 38.
- 2 Art. 5º, XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.
- 3 Embora advenha de obras de Teoria Geral do Processo, disciplina epistemologicamente ligada ao direito privado, essa categorização é útil para desenvolver um ponto de partida comum e cientificamente ortodoxo. Contudo, ratificamos as considerações sobre a necessidade de independência teórica do Direito Processual Penal, cf. LOPES JR., Aury. Quando Cinderela terá suas próprias roupas? A necessária recusa à teoria geral do processo. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 230-237, 2015.
- 4 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 46.
- 5 LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 112.
- 6 "O regramento do juiz de garantias, como disciplinado na Lei 13.964/19, possui natureza inequivocadamente processual, ainda que seu conteúdo guarde estreita relação com os direitos e garantias fundamentais e, portanto, interfira diretamente na incidência do jus puniendi.". In: MAYA, André Machado, *Op. cit.*, p. 127-129.
- 7 Não se ignora, aqui, as incríveis alterações de cenário que podem ocorrer com a mudança do jogador-julgador, verdadeiramente afetando o *status libertatis* de alguém ao substituir um juiz de perfil punitivista por outro de perfil garantista. Contudo, para fins deste estudo, procurou-se adotar um critério objetivo para esta aferição, por meio da análise se a incidência no *status libertatis* é direta ou reflexa.
- 8 MAYA, André Machado, *Op. cit.*, p. 127-128.
- 9 QUEIROZ, Paulo, VIEIRA, Antonio. Retroatividade da lei processual e garantismo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 143, out. 2004, p. 14-17.
- 10 Assim definido como "caminho necessário para a pena", já que "não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor a pena", e cristalizado no adágio *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*. In: LOPES JR., Aury. *Direito...*, *Op. cit.*, p. 34-35.
- 11 *Idem*, p. 113.
- 12 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal - Parte Geral*. Florianópolis: Conceito, 2012, p. 52.
- 13 A preocupação com a segurança jurídica, embora possa contrastar em alguma medida com os direitos e garantias fundamentais, é legítima e necessária para pacificar as questões judicializadas: "a ordem jurídica gravita em torno de dois grandes valores fundamentais: a segurança e a justiça. Há institutos cujo fim precípua é promover segurança, e outros que têm por objetivo assegurar a realização de justiça, de modo a produzir-se um equilíbrio entre eles. (...) A garantia da coisa julgada não é um instrumento instituído pelo ordenamento para promover o valor constitucional justiça, mas, sim, segurança.". In: BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 189-190.
- 14 QUEIROZ, Paulo, VIEIRA, Antonio, *Op. cit.*, p. 17, vide nota de rodapé 19.
- 15 Ambas inseridas na redação do art. 2º do CPP, que diz "A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior."
- 16 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Op. cit.*, p. 369-374.
- 17 LOPES JR, Aury. *Direito...*, *Op. cit.*, p. 723-738.
- 18 LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Juiz das garantias e Direito intertemporal: onde a decisão do STF resvala. *Consultor Jurídico*, 17 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-17/limite-penal-juiz-garantias-direito-intertemporal-onde-stf-resvala>>. Acesso em: 03 de março de 2020.
- 19 Vide arts. 3º-C e 399 do CPP.
- 20 Vide arts. 400, parte final e 402 do CPP.
- 21 "Como o processo compreende uma sequência complexa de atos que se projetam no tempo, preordenados para um fim, que é a sentença, deve ele ser considerado, em termos de direito transitório, como um fato jurídico complexo e pendente, sobre o qual a normatividade inovadora há de incidir.". In: LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da, *Op. cit.*, 2020.
- 22 LOPES JR, Aury, RITTER, Ruiz, *Op. cit.*, 2020.
- 23 Sobre o tema, vale destacar RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. São Paulo: Empório do Direito, 2017.
- 24 LOPES JR, Aury. *Direito...*, *Op. cit.*, p. 934.
- 25 *Idem*, p. 937.

REFERÊNCIAS

- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- LOPES JR., Aury. Quando Cinderela terá suas próprias roupas? A necessária recusa à teoria geral do processo. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 230-237, 2015.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. Juiz das garantias: é preciso acabar com o faz-de-conta-que-existe-igualdade-cognitiva..., *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 330, maio 2020, p. 29-30.
- LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Juiz das garantias e Direito intertemporal: onde a decisão do STF resvala. *Consultor Jurídico*, 17 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-17/limite-penal-juiz-garantias-direito-intertemporal-onde-stf-resvala>>. Acesso em: 03 mar. 2020.
- MAYA, André Machado. *Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- QUEIROZ, Paulo, VIEIRA, Antonio. Retroatividade da lei processual e garantismo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 143, out 2004, p. 14-17.
- RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. São Paulo: Empório do Direito, 2017.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal - Parte Geral*. Florianópolis: Conceito, 2012.

Recebido em: 13/03/2020 - Aprovado em: 13/06/2020 - Versão final: 12/08/2020

L'ILLICEITÀ DELLE PROVE NEL SISTEMA ACCUSATORIO: L'IMPARZIALITÀ E IL DOVERE DEL GIUDICE DI FRONTE A PROVE INAMMISSIBILI DOVUTE ALLE MODIFICHE PROMOSSE DAL PACCHETTO ANTI-CRIMINALITÀ NEL CODICE DI PROCEDURA PENALE BRASILIANO

THE ILLEGALITY OF THE EVIDENCE IN THE ACCUSATORY SYSTEM: THE IMPARTIALITY AND THE DUTY OF THE JUDGE IN THE FACE OF INADMISSIBLE EVIDENCE DUE TO THE CHANGES PROMOTED BY THE ANTI-CRIME PACKAGE IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE CODE

Rodrigo Teles de Oliveira

Master in Storia del pensiero giuridico – Storia delle idee penali. Professore di Diritto Penale e Diritto Processuale Penale. Avvocato.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4157697393961985>

ORCID: 0000-0002-8596-1163

telesrodrigo@outlook.com

Astratto: Il Pacchetto Anti-Criminalità ha portato importanti cambiamenti nel Codice di Procedura Penale brasiliano – CPP. Per quanto riguarda le modifiche promosse sulla teoria delle prove, si osserva che il legislatore ha cercato, come espressione del sistema accusatorio, di dare priorità all'imparzialità del giudice. Attraverso un'analisi delle attuali regole procedurali e della raccolta di materiale bibliografico, abbiamo cercato di capire la reale necessità dell'inserimento del § 5º nell'art. 157 del CPP. Sebbene cerchi troppo di dare il primato al principio di imparzialità, i cambiamenti derivano dal Pacchetto Anti-Criminalità in materia relativa alla teoria delle prove nei procedimenti penali sono in conflitto con altri principi di Diritto Processuale Penale altrettanto importante. È evidente che detta disposizione è irragionevole nei procedimenti penali nella ricerca di una decisione equa.

Parole chiave: prova inammissibile, imparzialità del giudice, sistema accusatorio, Codice di Procedura Penale brasiliano, Pacchetto Anti-Criminalità.

Abstract: The Anti-Crime Package brought important changes to the Brazilian Criminal Procedure Code – CPC. As for the changes promoted on the theory of the criminal evidence, it is noted that the legislator sought, as an expression of the accusatory system, to give priority to the impartiality of the judge. Through an analysis of the current procedural rules and the collection of bibliographic material, the study aimed to understand the real need for the insertion of § 5º in art. 157 of the CPC. It has been clear to understand that, although it tries too much to give primacy to the principle of impartiality, the changes arising from the Anti-Crime Package on the subject related to the theory of evidence in criminal proceedings are in conflict with other principles of Criminal Procedure Law of equal importance. It is clear that this provision is unreasonable in criminal proceedings in the search for a fair decision.

Keywords: inadmissible evidence, impartiality of the judge, accusatory system, Brazilian Criminal Procedure Code, Anti-Crime Package.

Introduzione

Il Pacchetto Anti-Criminalità (Legge n. 13.964 del 24 dicembre 2019) ha generato un'importante riforma del sistema giudiziario-penale brasiliano. Tra i vari cambiamenti promossi dal Pacchetto nella disciplina procedurale penale brasiliana, vi è l'inserimento del § 5º all'art. 157 del Codice di Procedura Penale – CPP, nel determinare la

ridistribuzione del processo da parte del giudice che è a conoscenza del contenuto delle prove irricevibili nel processo.

A causa della modifica del CPP brasiliano nelle materie relative alle prove procedurali, determinato dal Pacchetto Anti-Criminalità, sorge la necessità di uno studio più approfondito non solo sulla teoria delle prove nei procedimenti penali, ma anche del sistema

procedurale adottato dall'ordinamento brasiliano in vista della nuova realtà imposta dalla Legge n. 13.964/19. Questo nuovo dispositivo aggiunto dal Pacchetto porta alla necessità di indagare sulle basi principali dei procedimenti penali in Brasile, in modo che sia possibile comprendere la fattibilità di istituire il dispositivo citato nell'ordinamento giuridico brasiliano.

Nel conciliare la teoria delle prove procedurali penali con il sistema procedurale adottato dal procedura penale brasiliano, cercheremo, attraverso un'analisi delle basi principiologiche che supportano sia il processo penale brasiliano sia la teoria delle prove nel processo penale, verificare i vantaggi e gli svantaggi che la modifica menzionata apporta al processo.

Il presente studio è stato possibile solo attraverso un'analisi esegetica delle attuali norme procedurali in materia di prove nel processo penale brasiliano, in particolare il Codice di Procedura Penale brasiliano e le modifiche determinate dalla Legge n. 13.964. Questa scelta metodologica, insieme alla revisione bibliografica, sempre sostenuto dai principi di Diritto Processuale Penale e dai principi di prova penale, ha consentito una migliore comprensione delle innovazioni giuridiche introdotte dal Pacchetto Anti-Criminalità nel CPP, in relazione all'obbligo del magistrato di fronte a prove irricevibili nel processo penale, nonché su questioni inerenti al ruolo del giudice nel sistema procedurale penale brasiliano.

Supportato da queste basi, è stato possibile non solo capire il sistema procedurale penale adottato dal diritto brasiliano, mostrando il dovere del magistrato nel sistema brasiliano, il sistema di prove adottato dal Codice di Procedura Penale brasiliano e il dovere del giudice quando viene a conoscenza del contenuto delle prove inammissibili nei procedimenti penali, ma anche comprendere gli inconvenienti teorici e pratici dell'aggiunta del paragrafo 5° all'art. 157 del CPP.

1. Il sistema procedurale penale nell'ordinamento giuridico brasiliano

Sebbene la formulazione originale del Codice di Procedura Penale – CPP del 1941, attualmente in vigore in Brasile, sia stata fortemente influenzata dal codice aggettivo penale italiano degli anni '30, avendo, di conseguenza, una forte inclinazione inquisitoria,¹ le varie riforme in materia procedurale penale e, soprattutto, l'emergere del Diritto Processuale Penale Costituzionale, con la Costituzione della Repubblica del 1988, ha dato all'attuale Codice di Procedura Penale brasiliano una caratteristica che si allinea sempre più al sistema di accuse.

La modifica del CPP brasiliana del 1941 con la Legge n. 13.964 del 24 dicembre 2019, meglio nota come Pacchetto Anti-Criminalità, ribadisce ulteriormente l'opzione del legislatore brasiliano per adozione del sistema accusatorio in materia procedurale penale.

Va detto che la più grande distinzione tra il sistema inquisitorio e il sistema accusatorio è in relazione alla proprietà dell'indagine/azione giudiziaria penale e al processo. Mentre nel sistema inquisitorio spetta al giudice avere la proprietà dell'indagine, dell'accusa e del giudizio, comportandosi come un accusatore e giudice allo stesso tempo,² oltre ad avere un'ampia iniziativa probatoria,³ nel sistema accusatorio il giudice diventa equidistante dalle parti,⁴ non avendo più la stessa libertà di richiedere la produzione di prove senza comprometterne l'imparzialità.⁵ Inoltre, nel sistema accusatorio, la proprietà dell'indagine/azione giudiziaria penale è diversa da quella dell'organo giudiziario responsabile del giudizio,⁶ con la presenza del giudice nella fase pre-procedurale solo di fronte alla cosiddetta "riserva giurisdizionale", in materie che incidono, troppo, sui diritti e garanzie individuali, come la libertà, la privacy e l'intimità,⁷ senza

influire, in teoria, la sua imparzialità, principalmente perché non agiranno nella fase pre-procedurale come detentori dell'indagine, ma solo garantendo la regolarità delle procedure abili di causare gravi danni agli indagati.

2. Il sistema probatorio e il giudice nel Diritto Processuale Penale brasiliano

In relazione alla teoria delle prove in materia penale nell'attuale Codice Procedurale Penale brasiliano, sembra che se cerchi sempre più l'allineamento con il sistema accusatorio, vietando drasticamente la libertà di iniziativa probatoria del giudice, limitandosi a ipotesi previste dall'art. 156, I e II, del CPP, in modo che il convenuto cessi di essere analizzato come oggetto procedurale, con la sua colpa già assunta, e, come espressione del sistema accusatorio, diventa un essere di diritti e presumibilmente innocenti, finché è costituite prove legittime prodotte di fronte al contraddittorio e con l'ampia difesa garantita.

In relazione alla teoria delle prove nel Diritto Processuale Penale brasiliano, sembra che la prestazione del giudice in modo supplementare e sostitutivo all'accusa diventi irrealizzabile, come espressione dell'adozione del sistema accusatorio.⁸ Sebbene sia possibile concepire la prestazione del magistrato in una forma di difesa supplementare e sostitutiva, principalmente a causa della insufficienza tecnica della difesa nella produzione di prove rispetto all'organo di accuse, deve essere compreso dall'incostituzionalità dell'articolo 156, I, del CPP, specialmente quando le prove da produrre sono contro la difesa.

Superato il sistema di prove legali (o tariffate), in cui il valore di ciascun tipo di prova prodotta in un determinato processo è stato precedentemente valutato dal legislatore, il sistema giuridico brasiliano, in relazione alle prove nella procedura penale, adotta, di regola, la teoria della libera convinzione motivata del magistrato, e spetta a lui, di fronte a tutte le prove prodotte nel processo criminale, in modo ragionato, nel *decisum*, indicare quali prove erano essenziali per la formazione della sua convinzione.

Poiché il giudice è libero di formulare la sua convinzione, tutte le prove penali devono essere formate, ai sensi dell'art. 155, *caput*, del CPP, all'interno del processo, come espressione del contraddittorio e dell'ampia difesa, consentendo alla parte avversa di essere consapevole dell'intero contributo probatorio del processo e di avere la possibilità di reagire in un modo che persuade il giudice in modo razionale. In un sistema accusatorio, il giudice deve essere inerte nell'iniziativa probatoria e imparziale nella valutazione probatoria.⁹

3. L'imparzialità del giudice e l'alterazione del Pacchetto Anti-Criminalità in relazione alle prove irricevibili

Le prove prodotte durante la fase procedurale sono l'elemento più importante per la libera convinzione del giudice, che deve decidere in modo ragionato. Il giudice ha il dovere di decidere in modo imparziale, tenendo conto solo delle prove prodotte nel processo in modo lecito. Il Pacchetto Anti-Criminalità (Legge n. 13.964/19) ha aggiunto il § 5° all'art. 157 del CPP, al fine di determinare la redistribuzione del processo, impedendo al giudice di pronunciare la decisione quando ha accesso al contenuto delle prove inammissibili nel processo.

Lo scopo di questo dispositivo aggiunto dal Pacchetto Anti-Criminalità era di consentire al nuovo giudice di rendere la sua decisione più imparziale, poiché non aveva alcun contatto con il contenuto delle prove irricevibili, diventando così come un modo garantire la regolarità del processo, poiché non analizzerebbe più le altre prove influenzato dal contenuto delle prove irricevibili.

Sebbene la nuova disposizione incoraggi ulteriormente l'imparzialità del giudice e il controllo della regolarità dell'attività statale persecutoria, sembra che, quando la presente disposizione si confronta con gli altri principi di procedura penale e della teoria delle prove processuali penali, il § 5° dell'art. 157, del CPP si rivela irragionevole, portando molti più svantaggi alla portata della giustizia che, di fatto, vantaggi.

Il principio dell'identità fisica del giudice sarebbe stato violato. Con la nuova disposizione, il giudice che ha presieduto la fase di prova non avrebbe necessariamente pronunciare la sentenza, contrariamente a quanto stabilito dalla regola dell'art. 399, § 2°, del CPP. Nel momento in cui la redistribuzione del caso è determinata perché il giudice aveva accesso al contenuto delle prove inammissibili, la sua redistribuzione porterebbe il nuovo giudice a prendere una decisione più distante dalla verità materiale, poiché non era presente al momento della produzione di tutte le prove procedurali, consentendo l'emergere di una decisione ingiusta e in modo tale che la conclusione giudiziaria corra il rischio di essere incompatibile con i fatti oggetto di analisi nel processo penale, perché costringerà la redistribuzione del processo a un giudice che non conosce il caso e, ancor meno, ha partecipato alla fase di prova.

A causa della redistribuzione obbligatoria del caso se il giudice ha accesso al contenuto delle prove inammissibili, ostacolerà lo sviluppo dell'intero processo nel modo giusto, violando il principio della velocità procedurale, economia procedurale e durata ragionevole dei procedimenti penali.

Una decisione giusta, a causa degli effetti stigmatizzanti del processo criminale e come modo di rispondere alla società, è quella che riesce ad applicare rapidamente la giustizia nel caso specifico. Più rapida è la risposta giudiziaria al caso, a condizione che tutte le garanzie costituzionali siano garantite alle parti, maggiore è la giustizia della decisione, maggiore è la quantità e la qualità delle prove prodotte nel processo. Soprattutto perché la qualità nella produzione e nell'ottenimento delle prove diminuisce nel tempo.

Un altro punto che dovrebbe portare alla comprensione dell'incompatibilità del § 5° dell'art. 157 del CPP nell'ordinamento giuridico brasiliano si verifica quando l'inammissibilità delle prove è riconosciuta in tribunali che richiedono una decisione collegiale. Se lo scopo di questa disposizione è di affermare l'imparzialità del magistrato, se questo riconoscimento viene effettuato dai tribunali, nei casi che richiedono una decisione collegiale, per quanto il processo lasci le mani al relatore che conosceva il contenuto di una prova inammissibili, poiché la decisione del rispettivo tribunale sarà collegiale, alla fine, l'ex relatore, che è stato rimosso, avrà il diritto di voto, frustrando, in tal modo, anche se indirettamente, le aspettative del legislatore al momento della creazione del dispositivo sopra menzionato introdotto dal Pacchetto Anti-Criminalità.

L'inserimento dell'art. 157, § 5°, del CPP può consentire a qualsiasi parte del processo, per una serie di motivi, in malafede, come un modo per rimuovere deliberatamente un certo giudice dal processo, aggiungere prove inammissibili al processo, dimostrando l'impraticabilità di questa disposizione.

La determinazione della disposizione può generare, a causa delle suddette, gravi problemi alla giustizia della decisione. Se il giudice, in una situazione equidistante tra le parti, fosse in grado di intravedere l'inammissibilità di qualsiasi prova allegata al processo, determinandone il disfacimento, come raccomandato dal *caput* dell'art. 157 del CPP, saprà sicuramente come decidere il processo senza tener conto del contenuto delle prove considerate inammissibili nel processo. Inoltre, se il giudice nella sua decisione adotta una posizione in cui dimostra la sua parzialità a causa della

conoscenza delle prove irricevibili al processo, è ancora possibile per la parte lesa lottare per la nullità della decisione basata su art. 564, I o V, del CPP. Così come può essere pure che, nel caso specifico, il contenuto delle prove irricevibile nel processo non sia in grado di influenzare la decisione del giudice.

Anche se l'alterazione promossa dal Pacchetto Anti-Criminalità in materia relativa alle prove del Diritto Processuale Penale ha cercato di stabilire un giudice sempre più indipendente e imparziale, come espressione del sistema accusatorio, che agisce in modo equidistante tra le parti, si nota che i contorni previsti dalla Legge n. 13.964/19 non soddisfano i reali desideri di un Diritto Processuale Penale Costituzionale istituita con l'attuale Costituzione della Repubblica.

Considerazioni finali

I vari cambiamenti subiti nel corso degli anni, in particolare con l'istituzione di un Diritto Procedurale Penale Costituzionale, promossa con la Costituzione della Repubblica di 1988, e con il Pacchetto Anti-Criminalità, hanno fornito un profilo più accusatorio al sistema procedurale penale in Brasile.

Questi modifiche hanno drasticamente cambiato la posizione del giudice nel processo penale, soprattutto quando correlato alla sua prestazione sia nella fase pre-procedurale e nella sua possibilità nell'iniziativa probatoria, ora consentita in modo molto più limitato e solo nei casi previsti dalla legislazione stessa.

In vista dell'adozione del sistema accusatorio nel processo penale brasiliano, vi è un drastico cambiamento in relazione al ruolo del giudice davanti al sistema probatorio. Di norma, l'iniziativa probatoria è vietata e, basata sulla base di principio dell'imparzialità del giudice, il giudice ora assume una posizione equidistante tra le parti nella triangolazione del processo, al fine di decidere, in modo ragionato, sulla base di tutte le prove prodotte legalmente nel processo.

Proprio per questo principio, cercando una prestazione imparziale da parte del giudice per progettare una decisione sempre più equa, il Pacchetto Anti-Criminalità (Legge n. 13.964/19) ha aggiunto il § 5° all'art. 157 del Codice di Procedura Penale brasiliano che ora disciplina il dovere del giudice quando ha accesso al contenuto delle prove irricevibili nel processo.

Alla luce di tutti i punti affrontati, principalmente basati su una giustificazione principiologica del Diritto Processuale Penale brasiliano e della teoria delle prove nei procedimenti penali, non vi è dubbio che il nuovo dispositivo aggiunto dal Pacchetto Anti-Criminalità si rivela un elemento irragionevole. In vista della ricerca dell'imparzialità del giudice, che non è nemmeno garantita alle parti nel caso specifico, soprattutto di fronte a processi che richiedono una decisione collegiale, il § 5° dell'art. 157 del CPP finisce per scontrarsi con altri principi del procedimento penale e della teoria delle prove che sono importanti quanto il principio di imparzialità del magistrato e che avrebbero dovuto essere considerati dal legislatore durante la stesura del Pacchetto Anti-Criminalità, proprio perché influenzano, in eccesso, la giustizia delle decisioni.

Il dispositivo introdotto dal Pacchetto Anti-Criminalità nel Codice di Procedura Penale in materia di prove, pur garantendo il dovere di imparzialità del giudice, non soddisfa le aspettative del Diritto Processuale Penale Costituzionale in Brasile, principalmente perché ci sono già altre misure che possono essere adottate da parti quando le sentenze sono di parte. Non è opportuno rilasare diversi principi del Diritto Processuale Penale, in particolare sulla teoria delle prove nei procedimenti penali, a causa della ricerca di una presunta imparzialità del giudice come stabilito dal Pacchetto Anti-Criminalità.

NOTAS

- 1 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Ano 46, nº 183, jul./set. 2009, p. 109-110.
- 2 BARREIROS, José Antonio. *Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 13.
- 3 MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal I: fundamentos*. 2 ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 663.
- 4 CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v.l. Trad. de Jorge Guerrero. Temis: Santa Fé de Bogotá, 2000, p. 319-320.
- 5 ILLUMINATTI, Giulio. El Sistema Acusatorio en Italia. In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Madrid: Marcial Pons,

- 2008, p. 156.
- 6 FLORIAN, Eugenio. *Principi di Diritto Processuale Penale*. 2 ed. Torino: Giappichelli, 1932, p.101.
- 7 IASEVOLI, Clelia. *La nullità nel Sistema Processuale Penale*. Napoli: CEDAM, 2008, p. 34
- 8 LOZZI, Gilberto. I Principi Dell'Oralità e del Contraddittorio nel Processo Penale. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. XL. Milano: Giuffrè, 1997, p. 673.
- 9 ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 3 ed. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 27-28.

RIFERIMENTO

ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 3 ed. Madrid: Marcial Pons, 2007.

BARREIROS, José Antonio. *Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1981.

CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v.l. Trad. de Jorge Guerrero. Temis: Santa Fé de Bogotá, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Ano 46, nº 183, jul./set. 2009, p. 103-115.

FLORIAN, Eugenio. *Principi di Diritto Processuale Penale*. 2 ed. Torino: Giappichelli, 1932.

IASEVOLI, Clelia. *La nullità nel Sistema Processuale Penale*. Napoli: CEDAM, 2008.

ILLUMINATTI, Giulio. El Sistema Acusatorio en Italia. In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

LOZZI, Gilberto. I Principi Dell'Oralità e del Contraddittorio nel Processo Penale. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. XL. Milano: Giuffrè, 1997. p. 669 – 693.

MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal I: fundamentos*. 2 ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

Recebido em: 13/03/2020 - Aprovado em: 11/06/2020 - Versão final: 08/07/2020

“LEI ANTICRIME” E A NOCIVA RESTRIÇÃO LEGAL DE APLICABILIDADE DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA PENAL

“ANTICRIME LAW” AND THE HARMFUL LEGAL RESTRICTION ON APPLICABILITY OF THE CHAIN OF CUSTODY OF THE CRIMINAL EVIDENCE

Daniel Nascimento Duarte

Doutorando em Direito pela UFRJ. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra/IBCCrim. Professor de Direito Processual Penal da UFJF. Bacharel em Ciências Sociais pela UFES. Advogado Criminalista.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7945192406504596>

ORCID: 0000-0002-8107-505X

daniel.duarte@ufjf.edu.br

Resumo: Intenta-se proceder reflexões acerca da abrangência de aplicabilidade da cadeia de custódia da prova penal nos moldes trazidos pela Lei 13.964/19 – “Lei Anticrime” – a partir do conceito legal trazido no inserido artigo 158-A do Código de Processo Penal. O caminho reflexivo será feito em comparativo tanto com as sedimentações teóricas acerca da temática, bem como com importantes manifestações do Superior Tribunal de Justiça, que aplicaram suas diretrizes consequenciais. Buscar-se-á, então, provocar o debate acerca das nocividades de uma eventual restrição na aplicação do instituto em virtude das limitações provenientes do texto da nova lei e os desafios que tendem a surgir com tal aplicabilidade restrita, finalizando-se com contribuições para eventuais possibilidades interpretativas para a nova regulamentação.

Palavras-chave: Lei Anticrime, Cadeia de custódia da prova penal, Restrição conceitual, Aplicabilidade reduzida, Nocividade.

Abstract: It is intended to proceed with reflections on the scope of applicability of the chain of custody of the criminal evidence along the lines brought by law 13.964 / 19 – “Anticrime Law” – based on the legal concept brought in the inserted article 158-A of the Criminal Procedure Code. The reflexive path will be made in comparison with both the theoretical settlements on the theme as well as with important manifestations of the Superior Court of Justice that applied its consequential maxims. We will then seek to provoke a discussion about the harmful effects of a possible restriction in the application of the institute due to the limitations arising from the text of the new law and the challenges that tend to arise with such restricted applicability, ending with contributions to possible interpretative possibilities for the new regulation.

Keywords: “Anticrime Law”, Criminal evidence’s chain of custody, Conceptual constraint, Reduced applicability, Harmfulness.

A "Lei Anticrime" modificou substancialmente o Capítulo II do Título das provas do Código de Processo Penal. O novo artigo 158-A, advindo com a reforma, inaugura a regulamentação normativa dessa nova realidade processual, trazendo a noção conceitual da cadeia de custódia da prova penal nos seguintes termos: "*Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse ou manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte*".

Em análise da literalidade do conceito legal, é perceptível a relação direta deste com ambientes naturalísticos – locais ou vítimas de crime – e com o aspecto material (físico) que o elemento deve ser dotado, ou seja, ser passível de posse ou manuseio.

De plano, primeiramente quanto ao aspecto ambiental, pelo texto de lei fica externada a considerável restrição dos elementos sujeitos à cadeia de custódia, já que a referência expressa é para aqueles encontrados em locais ou vítimas, ficando de fora – ao menos em contemplação literal – elementos provenientes de ambientes não corriqueiros e, portanto, incompatíveis com uma já clássica noção geográfica de "cena do crime" que, parece ser, foi a concepção padrão externada pelo legislador ordinário. Confirmada tal constatação, restaria aparente certo conservadorismo na legislação, afinal, a obsoleta noção de "cena de crime" dotada de intrínseco "aspecto naturalístico" há tempos, no contemporâneo processo penal, tem dado lugar, em virtude da complexidade dos crimes e de suas execuções, a outros ambientes não tão estanques e escancarados, ao passo que não é mais possível afirmar que todo delito que deixa vestígio tenha um local definido, muito menos uma vítima definida.

Já quanto ao aspecto físico, a constatação não é diferente. A noção conceitual externada pelo legislador ordinário, de igual forma, restringe a caracterização do eventual elemento a ser sujeito à cadeia de custódia probatória àqueles passíveis de posse ou manuseio, ou seja, insere enquanto características primordiais do elemento sua sujeição à locomoção e seu aspecto material, exigindo, ao que parece ser, que seja um elemento que possa ser tocado, movimentado e percebido pelos sentidos, sobretudo o tato. Nesse aspecto, a restrição conceitual tende a ser ainda mais latente, afinal, a gama de elementos imateriais presentes nos casos penais e, consequentemente, sujeitos em grau probatório a processos criminais é extremamente considerável. Logo, em hipótese alguma, o caráter imaterial poderia ter o condão de afastar a necessidade de submissão do elemento à cadeia de custódia probatória, caso contrário, esta acabaria por ocorrer somente com os objetos físicos palpáveis e não se aplicaria às complexidades da realidade digital e tecnológica, dentre outras próprias do mundo moderno.

As constatações restritivas acima identificadas se confirmam nas próprias fases da cadeia de custódia previstas no artigo 158-B do CPP, sendo as fases isolamento (inciso II) e fixação (inciso III) inarredáveis da velha concepção naturalística de "cena de crime", bem como as fases posteriores (do inciso IV ao X), muito próximas da concepção de elemento material, sobretudo as fase de coleta (inciso IV), acondicionamento (inciso V) e transporte (inciso VI), que pressupõem possibilidade de retirada, de embalagem e locomoção, respectivamente. Tais evidências, juntamente com o pressuposto de que o elemento caberá ou poderá ser posto num recipiente (previsto no art.158-D do CPP), tendem a corroborar uma perigosa restrição de incidência da cadeia de custódia da prova para elementos que não detenham eventualmente as características de matéria palpável exigidas pelo texto legal.

No Brasil, mesmo antes do advento da "Lei Anticrime", a temática da cadeia de custódia da prova penal já reverberava reflexões relevantes no âmbito acadêmico. Desde estudos do campo técnico-pericial realizados há mais de uma década (DIAS FILHO, 2009) até reflexões

processuais mais contemporâneas (EDINGER, 2016; MORAES, 2017; LOPES JR. e MORAIS DA ROSA, 2015; dentre outros), a temática foi ganhando um importante destaque nas análises que visavam refletir e problematizar sobre os mecanismos de verificação da autenticidade e integralidade dos elementos trazidos ao processo.

Dos trabalhos de impacto produzidos nos últimos anos, destacam-se em representatividade nacional as reflexões do professor **Geraldo Prado** (2019). No importante trabalho, o autor não restringe conceitualmente a aplicabilidade da cadeia de custódia da prova, muito pelo contrário, a partir de reconstrução epistêmica¹ para compreensão do fenômeno, afirmação dos princípios constitucionais atinentes à matéria probatória e delimitação de máximas específicas, como a fiabilidade e a mesmidade da prova (PRADO, 2019, p.87-97), o professor delimita o arcabouço de aplicabilidade da cadeia de custódia para os casos concretos considerando sua importância para o amadurecimento do sistema processual penal e, nesse intento, não diferencia ou afasta a aplicabilidade do instituto por força de qualquer fator geográfico, naturalístico, físico ou material. Tanto é verdade que na obra referência o autor concebe capítulo específico quanto à temática das provas digitais (PRADO, 2019, p.120-124), bem como o fator modernidade se faz presente na obra de forma contundente e também aparece nos casos concretos ali referenciados.

Quanto a estes, inclusive, a título de comparação com a aparente restrição conceitual prevista no atual texto de lei, merece destaque, no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o paradigmático HC 160.662/RJ julgado no ano de 2014. Em tal importante julgado, o STJ analisou justamente um caso de ausência de acesso à integralidade de teor de interceptação telefônica, que acabou por culminar na ilicitude probatória por quebra da cadeia de custódia da prova penal. Na apreciação, fixou o Tribunal Superior que "*a prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade*". Isto porque, segundo o julgado, "*se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova*".²

Mais recentemente, no ano de 2019, poucos meses antes da entrada em vigor do então pacote anticrime, o STJ – agora no Resp. 1.795.341/RS – voltou a apreciar a temática e a reafirmar o entendimento anteriormente fixado, fazendo-o novamente em caso de negativa de acesso integral à conteúdo de interceptação telefônica. Nos termos do voto do então Ministro relator **Nefi Cordeiro**, restou fixado que "*É dever o Estado a disponibilização da integralidade das conversas advindas nos autos de forma emprestada, sendo inadmissível a seleção pelas autoridades de persecução de partes dos áudios interceptados*". No caso concreto, foi apresentado pelo órgão acusador apenas parcela do produto extraído dos áudios obtidos, ocorrendo assim filtragem unilateral de conteúdo sem a presença da defesa, o que, nos termos do julgado, "*acarreta ofensa ao princípio da paridade de armas e ao direito à prova*".³

Considerando ambos os casos, se, porventura, fossemos tentar compatibilizá-los com as atuais previsões do CPP, com a redação atual dada pela "Lei Anticrime", não conseguiríamos chegar a um rígido enquadramento para a aplicabilidade da cadeia de custódia, afinal, fatores oriundos do aspecto ambiental ("locais ou vítimas de crime") e do aspecto material (substancial palpável e passível de acondicionamento em recipiente) restariam, de certa forma, prejudicados.

Ponto relevante é que, mesmo diante dos esclarecedores julgados do Superior Tribunal de Justiça quanto à importância do acesso à integralidade de elementos obtidos em investigações criminais, a regulamentação legal da cadeia de custódia, com a redação dada

pela "Lei Anticrime", foi omissa quanto a tal ponto e, assim, nada abordou diretamente quanto à necessidade de tal disponibilização integral e às eventuais consequências oriundas da negativa. O que, é bem verdade, seria nada menos do que absorver para o texto de lei um posicionamento consolidado jurisprudencialmente, mas que, ainda assim, optou-se por não se desempenhar tal inclusão. Eis aí, em grau de amadurecimento do instituto em nosso ordenamento, um ponto, a nosso sentir, consideravelmente negativo da nova legislação e que prejudica, inclusive, a efetivação das máximas de fiabilidade e mesmidade probatória (PRADO, 2019) em nosso contexto.

Perdeu-se, pois, a oportunidade de abordar, já na redação do próprio Código de Processo Penal – para além da noção conceitual, das etapas, das características de coleta e acondicionamento – a determinação consequencial acerca do desrespeito à cadeia de custódia da prova, que seria, inevitavelmente, o reconhecimento e declaração da ilicitude probatória e de todos os elementos derivados.⁴ Por mais que seja uma conclusão lógica proveniente da teoria geral das provas e do próprio teor do art. 157 do CPP, não seria preciosismo ou excesso de regulamentação a presença de um dispositivo consequencial no capítulo da cadeia de custódia. Afinal, a declaração de ilicitude probatória com a anulação dos atos processuais derivados tem sido temática extremamente solipsista no ordenamento brasileiro ante a ausência de real amadurecimento no que concerne ao sistema de controles epistêmicos da prova no processo criminal (PRADO, 2014). Logo, um dispositivo normativo capaz de reforçar essa necessidade de maneira específica à temática da custódia tenderia a tornar o instituto mais eficaz do ponto de vista do resguardo dos direitos fundamentais processuais penais que o norteiam.

Se, conforme já dito, o conceito de cadeia de custódia da prova apresentado pelo novo art. 158-A do CPP já é de difícil compatibilidade com a conjuntura de obtenção de elementos de interceptações telefônicas, pior ainda é se pensarmos no contexto das provas digitais.⁵ Se considerarmos as complexidades destas e dos casos aos quais incidem, é possível dizer, sem pestanejar, que a "Lei Anticrime" foi deveras conservadora ao inaugurar o instituto normativamente no Brasil. Afinal, deu foco a instrumentais clássicos de cunho geográfico, naturalístico e material, desconsiderando todas as bruscas modificações tecnológicas⁶ do nosso tempo e reforçando ainda mais a crítica, infelizmente acertada, de que a legislação processual penal brasileira contribui para a estrutura rudimentar do Judiciário.

Sendo assim, apesar da positividade (em abstrato) da previsão, perdeu-se a oportunidade de se consolidar expressamente na legislação normativas, que deixassem mais clara a necessária aplicabilidade o mais ampla possível do instituto. Afinal, por vezes, é necessário um grau de pessimismo (ou seria realismo?) para saber encarar que o simbolismo da rigidez da normatividade pode surtir efeito garantidor de direitos, na mesma esteira ocorrida, por exemplo, com o art. 315, §2º do CPP (também inserido pela "Lei Anticrime"), que precisou alertar ao juiz criminal que seria necessário fundamentar suas decisões (eis o "óbvio constitucional").

Assim, já que a "pobreza normativa" na regulamentação do instituto é uma realidade, uma possibilidade hermenêutica para a inserção das hipóteses casuísticas tecnológicas (seja a própria interceptação telefônica, bem como as provas de cunho digital, dentre outras) pode ser a noção conceitual de *vestigio* trazida pelo próprio art. 158-A, em seu §3º, justamente em complemento ao conceito inaugurado no *caput*.

Ressalta o referido parágrafo que "*Vestigio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal*". A partir daí, os elementos tecnológicos podem ser

enquadrados, em grau de sentido, na categoria de elemento *latente* e *constatado*. Latente pois, não raras vezes, não serão visíveis ou perceptíveis naturalisticamente e constatado, pois a constatação tende a ser uma conclusão jurídica de relevância para a infração penal, mais do que uma experiência física de toque, movimento ou recolhimento do elemento.

Diante disso, resta aos vestígios ditos "clássicos" (de cunho material naturalísticos) – aos quais se direcionam a maioria das previsões dos dispositivos legais atinentes à cadeia custódia – o enquadramento como *visíveis* e passíveis de serem *recolhidos*, o que não ocorreria, em regra, com os elementos *imateriais* tecnológicos e digitais, mas que, por força da junção do conceito externado no *caput* do art.158-A com o §3º do mesmo diploma, também seriam passíveis de aplicabilidade da cadeia de custódia da prova penal.

O que não pode ocorrer, a nosso sentir, é que a previsão conceitual e característica da cadeia de custódia da prova penal nos moldes como trazida pela "Lei Anticrime" restrinja a incidência e aplicabilidade do instituto, impossibilitando o enquadramento nas hipóteses de elementos que, por sua complexidade, não se enquadrem, num primeiro olhar, nas etapas e procedimentos traçados na nova legislação. Por isso que o que se propõe é que os dispositivos normativos atinentes à cadeia de custódia da prova penal presentes nos atuais artigos 158-A ao art.158-F, sejam diretrizes *direccionais* ao manejo do instituto no ordenamento, mas que não sejam dotados de taxatividade capaz de impedir a maior abrangência do resguardo da ampla defesa, do contraditório, da paridade de armas e, em grau específico, da fiabilidade, autenticidade e mesmidade do elemento probatório produzido, seja ele material-naturalístico ou imaterial-digital.

Dessa maneira, mantendo tal coerência necessária, é central interpretar que a "Lei Anticrime", em matéria de cadeia de custódia da prova penal, traz consigo, portanto, a mensagem de que é importante que exista um procedimento transparente, que traga credibilidade à prova, mas que, porém, frente às complexidades dos casos e dos fatores tecnológicos envolvidos, não é possível a delimitação de um rito estanque para toda e qualquer hipótese. Daí, tomando como referência a junção das máximas teóricas, jurisprudenciais e legais aqui expostas, se faz necessária a modulação das diretrizes da custódia a depender do caso, sem perder seu eixo central, que é a manutenção de sua licitude mediante o crédito no seu resguardo com o menor nível de manipulação subjetiva possível.

Por óbvio, por nossas cotidianas experiências autoritárias, sobretudo nos difíceis tempos atuais, não surpreenderá o surgimento de entendimentos capitaneando certa tentativa de emplacar que o "conceito brasileiro" de cadeia de custódia deva se limitar, em grau de abrangência, aos estritos termos do código de processo, desvelando, caso tal entendimento seja adotado, um significativo exemplo contemporâneo de "legalidade autoritária" (PEREIRA, 2010) em correlação com o âmbito processual penal.⁷ Também não surpreenderá que a carta branca da "relatividade das nulidades" reforce ainda mais uma atecnia histórica dos atores jurídicos brasileiros de confundirem deliberadamente a teoria das nulidades com a teoria da prova ilícita e que tragam de maneira nociva a mofada concepção de "prejuízo" para dentro das reflexões acerca do resguardo necessário da cadeia de custódia probatória.

Se diz isso, afinal, pois, por mais que a legislação nova detenha – se o teor for analisado com boa vontade – um considerável grau progressista, os atores do sistema criminal permanecem os mesmos e "*na era do punitivismo*" (CARVALHO, 2010) continuarão a reproduzir práticas flexibilizadoras de direitos fundamentais e a ressignificarem autoritariamente (GLOECKNER, 2015) as máximas processuais penais democráticas. Se esse é um fato que já pode ser tomado como previsível e inarredável, nos resta a "competência da resistência" de demonstrar o óbvio.

NOTAS

- ¹ Anos antes o citado autor já havia procedido tais reflexões em “*Prova Penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*” (2014). Tais reflexões foram ampliadas e amadurecidas culminando na publicação da obra acima citada (2019).
- ² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. *Habeas Corpus* 160.662/RJ. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. j10.02.2014. public.12.02.2014. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=%28%28%22ASSUSETE+MAGALH%C3ES%22%29.MIN.%29+E+%28%226T%22%29.ORG.&processo=160662.NUM.&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 12 jul. 2020.
- ³ BRASIL Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. *Recurso Especial* 1.795.341/RS. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. j07.05.2019. public.14.05.2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28%22NEFI+CORDEIRO%22%29.MIN.%29+E+%28%22SEXTA+TURMA%22%29.ORG.&processo=1795341&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para o processo penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. *Temas atuais da investigação preliminar no processo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. *Habeas Corpus* 160.662/RJ. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. j10.02.2014. public.12.02.2014. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=%28%28%22ASSUSETE+MAGALH%C3ES%22%29.MIN.%29+E+%28%226T%22%29.ORG.&processo=160662.NUM.&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 12 jul. 2020.
- BRASIL Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. *Recurso Especial* 1.795.341/RS. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. j07.05.2019. public.14.05.2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28%22NEFI+CORDEIRO%22%29.MIN.%29+E+%28%22SEXTA+TURMA%22%29.ORG.&processo=1795341&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 12 jul. 2020.
- CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema de justiça criminal na era do punitivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. Cadeia de custódia: do local de crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 98, n. 883, p.436-451, maio 2009.
- EDINGER, Carlos. Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 24, n. 120, p. 237-257, mai./jun. 2016.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideais autoritárias no processo penal brasileiro*. São Paulo: Tirant Brasil, 2018.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Processo penal pós-acusatório? Resignificações do autoritarismo no processo penal. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 378 - 408, jan./fev. 2015.
- LOPES JR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. *Conjur*, Limite penal, 16 jan. 2015. Disponível em:

- <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>>. Acesso em: 12 jul. 2020.
- ⁴ Em sentido diverso, defendendo que as consequências da quebra da cadeia de custódia da prova devem ser analisadas e valoradas pelo magistrado em cada caso, vide: BADARÓ, 2017.
 - ⁵ Sobre a temática da prova digital em seus aspectos gerais, vide: MARTÍN, 2018.
 - ⁶ Sobre a cadeia de custódia digital, ver MENDES, 2019. Quanto a cadeia de custódia da prova digital especificamente após o advento da “Lei Anticrime”, recomenda-se com afinco a leitura de PARODI (2020).
 - ⁷ Quanto a relação específica entre o autoritarismo e o processo penal brasileiro, ver GLOECKNER, 2018.
 - ⁸

<<https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

MARTÍN, Joaquín Delgado. *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*. 2. ed. Madrid: Wolters Kluwer, 2018.

MENDES, Carlos Helder Carvalho Furtado. Dado informático como fonte de prova penal confiável(?): apontamentos procedimentais sobre a cadeia de custódia digital. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 161, p. 131-161, nov. 2019.

MENDES, Carlos Helder Carvalho Furtado; MUNIZ NETO, José. A Cadeia de Custódia como regra de admissibilidade da prova penal: avanços e ausências decorrentes da Lei 13.964/2019, In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de Camargo; FELIX, Yuri. *Pacote Anticrime: reformas processuais*. Florianópolis: EMais Editora, 2020.

MORAES, Ana Luísa Zago de. Prova penal: da semiótica à importância da cadeia de custódia. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 25, n. 132, p. 117-138, jun. 2017.

PARODI, Lorenzo (2020). A cadeia de custódia da prova digital à luz da lei 13.964/19 (Lei anticrime). *Migalhas*, Migalhas de peso, 17 fev. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/320583/a-cadeia-de-custodia-da-prova-digital-a-luz-da-lei-13964-19-lei-anticrime>>. Acesso em: 1 jun. de 2020.

PRADO, Geraldo. *Prova Penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo, Marcial Pons, 2014.

PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo, Marcial Pons, 2019.

PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

Recebido em: 15/03/2020 - Aprovado em: 06/06/2020 - Versão final: 30/07/2020

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA | OUTUBRO DE 2020

BOLETIM IBCCRIM N.º 335

CORTES INTERNACIONAIS E SUAS DECISÕES COMENTADAS

CASO TRABALHADORES DA FAZENDA BRASIL VERDE VS. BRASIL: POSSIBILIDADES DE REPERCUSSÃO EM FAVOR DAS VÍTIMAS DE TRABALHO ESCRAVO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

*THE CASE OF HACIENDA BRASIL VERDE WORKERS V. BRAZIL: POSSIBILITIES OF IMPACT IN
BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURES ON BEHALF OF SLAVE LABOUR VICTIMS*

Fabiana Galera Severo

Doutoranda e Mestra em Direitos Humanos pela USP. Defensora Pública Federal.

ORCID: 0000-0003-3591-5350

fgsevero@gmail.com

Resumo: O presente estudo tem por objetivo analisar o caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, sentenciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em Outubro de 2016, por meio do qual o Brasil foi responsabilizado pela exploração de trabalho escravo em seu território, com determinação de pagamento de indenização às vítimas e reabertura das investigações criminais. Na sentença, a Corte IDH reconheceu a existência de uma discriminação estrutural histórica em razão de posição econômica no Brasil. Será traçada breve comparação entre os parâmetros interamericanos e a jurisprudência nacional, abordando possibilidades de utilização do precedente como fundamento para teses jurídicas em favor das vítimas de trabalho escravo no processo criminal brasileiro.

Palavras-chave: trabalho escravo, discriminação histórica estrutural, vítimas, processo criminal

Abstract: This study aims to analyze the case Fazenda Brasil Verde Workers, sentenced by the Inter-American Court of Human Rights in October 2016, in which Brazil was held responsible for the exploitation of slave labour in its territory, and ordered to pay compensation for victims and reopen the criminal investigations. In its sentence, the Inter-American Court recognized the existence, in Brazil, of historical structural discrimination on the grounds of economic position. A brief comparison will be drawn between the Inter-American standards and the national jurisprudence, addressing possibilities of using the precedent as a basis for legal thesis on behalf of slave labour victims in Brazilian criminal procedures.

Keywords: slave labour, historical structural discrimination, victims, criminal procedure

Neste mês de outubro, a condenação do Brasil no caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde completa quatro anos.¹ O precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos pode servir de base para uma guinada paradigmática na aplicação da lei penal nos casos de trabalho escravo no Brasil, sob a perspectiva da vítima, rompendo com a tradição de discursos jurídicos discriminatórios, que banalizam violações à dignidade, invisibilizando pessoas em situação de vulnerabilidade, sobretudo trabalhadores negros e de origem muito pobre, que acabam submetidos a condições de escravidão no país.

A sentença da Corte IDH no caso

No julgamento do caso, a Corte IDH reconheceu a existência de uma discriminação estrutural histórica em razão de posição econômica no Brasil, que coloca milhares de trabalhadores em posição de vulnerabilidade. De acordo com o precedente, as vítimas em geral são homens pobres, negros, originários de estados muito pobres, sendo muitos analfabetos, sem identificação civil, e com histórico de deslocamento contínuo para buscar sustento econômico.

Foi preciso que um, entre os tantos casos de exploração de trabalho escravo no país, fosse levado a uma corte internacional, para que se chegasse à conclusão de que as condições degradantes de trabalho no Brasil carregam a marca da discriminação histórica e estrutural de trabalhadores, fundada em raça, origem e posição econômica. É nesse sentido que o precedente internacional, que deve servir de base ao controle de convencionalidade no julgamento de outros casos, representa uma guinada paradigmática em relação ao discurso jurídico discriminatório que costumava vir estampado na jurisprudência brasileira.

Em primeiro lugar, a sentença estabeleceu o dever do Estado de respeitar e garantir direitos, sem discriminação. Para tanto, assentou que Estados devem abster-se de ações que, direta ou indiretamente, venham a criar situações de discriminação, de direito e de fato, além de adotar medidas positivas para reverter ou mudar situações discriminatórias existentes nas sociedades, em prejuízo de determinado grupo de pessoas. Assim, não basta que os Estados se abstenham de violar direitos, sendo imperativa a adoção de medidas positivas, determináveis em função das necessidades particulares de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal ou pela situação específica em que se encontra, como a pobreza ou a

marginalização.² Por fim, a Corte entendeu que o Estado incorreu em responsabilidade internacional por ter sido omissivo no dever de adotar medidas específicas a respeito da vulnerabilidade das pessoas recrutadas na Fazenda Brasil Verde.

Para fundamentar a conclusão de discriminação estrutural no caso concreto, a Corte identificou algumas características de particular vitimização entre os trabalhadores resgatados: a situação de pobreza dos trabalhadores; o fato de serem provenientes de regiões muito pobres do país, com menor desenvolvimento humano e perspectivas de trabalho e emprego; o fato de serem analfabetos, com pouca ou nenhuma escolarização; o fato de serem suscetíveis a recrutamento mediante promessas falsas e enganosas.³ Esse conjunto de fatores ensejou a conclusão de existir tratamento discriminatório em razão da posição econômica das vítimas resgatadas de condições de escravidão no caso concreto.

Entre as omissões do Estado brasileiro, constatou-se omissão em relação ao lapso temporal, eis que o Estado não atuou com prontidão dentro das primeiras horas e dias logo depois da denúncia de escravidão e violência, além da ausência de coordenação entre as ações de inspeção e demais medidas de devida diligência em relação às vítimas e à própria investigação do caso. Constatou-se, então, que o Estado brasileiro não cumpriu sua obrigação de realizar ações efetivas para eliminar trabalho forçado, tráfico de pessoas e servidão por dívidas, assim como de remover obstáculos de acesso à justiça com fundamento na origem, etnia, raça e posição econômica das vítimas, que permitiu a manutenção de fatores de discriminação estrutural, que facilitaram que os trabalhadores da Fazenda fossem vítimas de tráfico, escravidão e trabalho forçado.

No que diz respeito à ausência de proteção judicial às vítimas e à razoável duração dos processos, concluiu-se que restou caracterizada a violação aos artigos 8.1 e 25 da Convenção Americana, em razão da demora injustificada de processar e julgar o caso; a ausência de uma autêntica vontade de investigar com devida diligência; a opção de suspensão condicional do processo ao perpetrador; e a extinção da punibilidade pela prescrição, não obstante as condutas de escravidão e trabalho forçado constituírem graves violações de direitos humanos, cuja proibição absoluta por norma de *ius cogens* inadmita a possibilidade de prescrição.⁴ No caso, considerou-se que a discriminação estrutural a que estavam submetidas as vítimas era também perpetrada pelo Estado, que não lhes garantiu o acesso

à justiça, na medida em que não houve instauração de processo criminal quando identificadas as irregularidades trabalhistas, além de ter sido firmado acordo com o empregador sem levar em consideração os interesses dos trabalhadores.

A Corte também demonstrou sua intenção de beneficiar a maior quantidade possível de vítimas de trabalho escravo. Nesse sentido, afastou a preliminar de incompetência *ratione personae* a respeito de supostas vítimas não identificadas; de vítimas identificadas que não outorgaram procuração; e de vítimas não relacionadas no relatório de mérito da Comissão. Assim, estabeleceu-se a desnecessidade de outorga de procuração pela coletividade de vítimas de trabalho escravo, afastando, com isso, qualquer exigência de formalidade que não sirva para garantir direitos, ou que tenha sido apresentada com o intuito de obstaculizar o acesso a mecanismos de proteção. Consagra-se, aqui, o princípio do acesso à justiça, por meio da garantia judicial insculpida no artigo 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, combinada com a garantia de proteção judicial estabelecida no artigo 25, conferindo máxima efetividade ao princípio da inafastabilidade do poder jurisdicional previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Para garantir o direito à reparação integral às vítimas, com fundamento no artigo 63.1 da Convenção, a Corte determinou a reabertura das investigações, com devida diligência, para, em prazo razoável, identificar, processar e, se for o caso, sancionar os responsáveis, assegurando, em particular, o pleno acesso às vítimas e seus familiares em todas as etapas da investigação. Quanto à compensação pelos danos imateriais, a Corte fixou indenização pelos sofrimentos causados pela violação, por equidade, no valor de 30 e 40 mil dólares para cada um dos trabalhadores, sendo, respectivamente, aqueles identificados na fiscalização de 23 de abril de 1997 e de 15 de março de 2000.⁵

Precedentes de trabalho escravo na jurisprudência criminal brasileira

Em contraposição à identificação de discriminação histórica estrutural de determinados grupos sociais no Brasil, a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais no Brasil, apesar de reconhecer a violação à dignidade humana como suficiente para caracterizar o crime de trabalho escravo, não raro, vinha se firmando no sentido de banalizar situações recorrentes de violações à dignidade humana de trabalhadores, em evidente discriminação das pessoas pertencentes a determinados grupos sociais vulneráveis.

Destacam-se, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a decisão proferida no bojo do Inquérito INQ 00268232620124010000, referente a caso em que não foi caracterizado trabalho escravo, apesar da submissão de trabalhadores à jornada exaustiva, por se tratar de situação que envolvia *"necessidade de colheita imediata de safra perecível, considerada circunstância comum no campo, exigindo um esforço extra da mão de obra"*⁶ assim como a decisão de absolvição proferida no bojo da apelação criminal ACR 2008.43.00.001748-0, fundamentada no entendimento de que *"condições degradantes de trabalho são um retrato da própria realidade interiorana do país"*.⁷

Por seu turno, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região é a corte que reúne parte mais significativa de precedentes de banalização da exploração do trabalho escravo. É o caso da decisão proferida no bojo da apelação criminal ACR 00037397720134058300, no sentido de que ausência de local para se abrigar do sol e da chuva, para realizar necessidades fisiológicas, e ausência do fornecimento de água suficiente para hidratar quem trabalha exaustivamente sob o sol seriam condutas que violam apenas direitos trabalhistas.⁸ Na decisão proferida na ação penal APN 00054681220114058300, entendeu-se que condições de ausência de locais adequados para

troca de vestimentas, ausência de exames médicos periódicos, ausência de fornecimento de equipamento de proteção individual adequado aos riscos a que são expostos os trabalhadores, inclusive, daqueles expostos a agrotóxicos, ausência de instalações sanitárias em estado de asseio e higiene adequados, ausência de fornecimento adequado de água potável e ausência de refeitório, embora representem graves infrações à legislação trabalhista, *"não são elas diferentes da realidade de trabalho de muitos dos empreendimentos agrícolas da região Nordeste"*.⁹ Ainda, na apelação criminal ACR 200782020041980, consta da fundamentação da decisão que os fatos *"não se afastam da realidade social, infelizmente, vivenciada pelas pessoas pobres residentes nas cidades do interior nordestino, que delas saem para arriscar uma ocupação qualquer em outras plagas"*.¹⁰ Nessa mesma linha, na apelação criminal ACR 200783000177204, entendeu-se que as condições, *"de fato, precárias, não destoam, entretanto, da realidade vivida na zona rural nordestina"*.¹¹ Por fim, o posicionamento discriminatório do Tribunal, aumentando o fosso da desigualdade social, restou estampado na decisão proferida no HC 00030912720144058312, em que se entendeu que a conduta estaria justificada pela situação de emergência da obra, que não poderia parar, sob pena de acarretar *"prejuízos inimagináveis"*.¹²

O que, numa análise perfunctória, poderia ser interpretado como um posicionamento garantista desses tribunais, a rigor, retrata a banalização da violação à dignidade humana das pessoas pertencentes a grupos mais vulneráveis, histórica e estruturalmente discriminados no Brasil. A discriminação histórica e estrutural, fundada em raça, origem e posição econômica, conforme parametrizada pela Corte IDH, é o que, ao mesmo tempo em que invisibiliza as vítimas de trabalho escravo e de outras violações de direitos humanos perpetradas contra grupos sociais vulneráveis, por outro lado, dentro da seletividade do processo penal, também incrimina e encarcera essas mesmas pessoas, quando estão no banco dos réus, em outros tipos penais.

Possibilidades de repercussão do precedente no processo penal brasileiro

Além da banalização das situações que configuram exploração de trabalho escravo, mesmo nos casos em que a violação é constatada, as vítimas costumam ficar invisibilizadas no processo criminal, e raramente figuram como assistentes de acusação,¹³ fazendo com que a repressão criminal não acarrete efetiva compensação a esse grupo vulnerável.

No sistema de justiça brasileiro, a repressão criminal ainda está muito mais focada na sanção aos perpetradores do que na compensação às vítimas, ao contrário do caminho que aponta a jurisprudência da Corte IDH. Com efeito, as vítimas de uma violação de direitos humanos, como é o caso da exploração do trabalho em condições de escravidão, podem figurar no respectivo processo criminal na qualidade de assistentes de acusação, com base no artigo 387, IV do Código de Processo Penal. Com o advento da reforma do Código em 2008, pela Lei 11.719, o referido dispositivo legal passou a contar com nova redação, conferindo ao juiz criminal a competência para, na sentença penal condenatória, fixar o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido – o que antes era diferido para o momento da ação civil *ex delicto*. Figurando no processo como assistente de acusação, a vítima pode participar de toda a dilação probatória – e, pelo parâmetro da Corte IDH, inclusive da fase de investigação – o que tende a garantir maior efetividade à repressão criminal, sobretudo na perspectiva do interesse das vítimas, para garantia de proteção, assistência e acesso a reparações efetivas. Durante a instrução criminal, além da busca de provas para a condenação, o assistente de acusação pode instruir o processo com informações

que comprovem os danos suportados pelas vítimas e forneçam base para a fixação da respectiva indenização.

Ressalte-se que eventual demora no processo criminal, com reconhecimento de prescrição em relação à pena criminal, poderia, em tese, alcançar a indenização fixada, porquanto efeito secundário da condenação, possibilitando à vítima a via remanescente da ação civil *ex delicto*, sujeita ao prazo prescricional de três anos previsto no artigo 206, §3º, V do Código Civil, com possibilidade de interrupção da prescrição durante a tramitação do processo criminal, nos termos do artigo 202, parágrafo único, do mesmo diploma legal. No entanto, o caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde reconheceu a imprescritibilidade do crime de submissão à condição de escravidão contemporânea por se tratar de uma grave violação de direitos humanos. E, se há imprescritibilidade no processo criminal, que é a *ultima ratio* do direito, é possível defender a tese da imprescritibilidade também perante a Justiça do Trabalho nos casos de trabalho escravo.

Não obstante, o instituto da reparação ao ofendido ainda é pouco utilizado na prática do processo penal brasileiro, em que as vítimas costumam participar apenas na condição de testemunhas de acusação, com o objetivo de produzir a prova para a condenação do acusado, sem o devido recebimento de indenização pelas violações suportadas e, muitas vezes, sem mesmo qualquer observância de medidas de proteção e para evitar a revitimização. Ao participar do

processo penal como testemunha de acusação, a vítima se expõe, revive o trauma, passa por processos de revitimização e fica numa posição passiva, sem qualquer ingerência na busca da verdade e do direito à reparação em decorrência da violação suportada.

Num dos poucos casos de condenação a título de reparação ao ofendido, em caso concreto em que as vítimas figuraram como assistentes de acusação no processo penal, além de os depoimentos terem causado muito sofrimento e o processo ter tido longa duração, o valor fixado a título de compensação pelas violações perpetradas foi de apenas 5 mil reais por trabalhador.¹⁴ Assim, os valores objeto da condenação do Brasil no caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde também devem servir de parâmetro para fixação de reparação ao ofendido em decisões internas de casos semelhantes pelo controle de convencionalidade.

Mais que isso, o precedente interamericano pode repercutir em outros casos concretos, incentivando a utilização do instituto da assistência à acusação como meio de buscar maior efetividade na repressão criminal pela perspectiva do direito de acesso à justiça e compensação às vítimas. Pode, enfim, representar a oportunidade de que a repressão ao trabalho escravo no Brasil volte o seu olhar aos trabalhadores histórica e estruturalmente discriminados e não raro submetidos a condições de escravidão contemporânea ao invés de se restringir à punição do agente.

NOTAS

¹ CORTE IDH. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de outubro de 2016. Série C, n. 318.

² Já dizia Kevin Bales, fazendo uma análise da escravidão contemporânea sob uma perspectiva global, que quando a maior parte da população tem um padrão de vida razoável e alguma segurança financeira, a escravidão não pode prosperar, pois há condições econômicas e sociais para a existência de trabalho escravo, como ser pobre, sem moradia, refugiado ou abandonado, o que pode levar ao desespero que abre as portas para a escravidão, sendo fácil, nessas situações, cair numa armadilha. Vide, a respeito, BALES, Kevin. *Disposable people: new slavery in the global economy*. Los Angeles: University of California Press: 1999, p. 31-32.

³ No sistema global de proteção dos direitos humanos, o recrutamento justo e transparente tem sido considerado um elemento chave no enfrentamento às formas contemporâneas de escravidão, tendo sido previsto expressamente no Protocolo à Convenção 29 da OIT sobre Trabalho Forçado, em seu art. 2º, d, como medida de proteção e acesso a reparações efetivas às vítimas.

⁴ Internacionalistas consagrados, como Flávia Piovesan e André de Carvalho Ramos, já consideravam a proibição da escravidão como norma de *jus cogens*. Vide, a respeito, CARVALHO RAMOS, André. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 140. E PIOVESAN, Flávia. Trabalho escravo e degradante como forma de violação dos direitos humanos. In: NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão; FAVA, Marcos Neves (coord). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. 2ª ed., São Paulo: LTr, 2011, p. 142.

⁵ Dos 128 trabalhadores resgatados da Fazenda Brasil Verde, ainda restam 77 a serem localizados para o cumprimento da sentença no que diz respeito ao pagamento de indenizações, conforme relatório da Coordenação de Contenciosos Internacionais de Direitos Humanos da Assessoria Especial de Assuntos Internacionais do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, de abril de 2020.

⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Inquérito: Inq 0026823-26.2012.4.01.0000. 2. Seção. Juíza Federal Convocada: Clemência Maria Almada Lima de Ângelo. e-DJF1: 4 jul. 2014, p. 20.

⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Apelação Criminal: ACR 0001748-25.2008.4.01.4300. 3. Turma. Juiz: Tourinho Neto. e-DJF1: 5 nov. 2010, p. 41.

⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Apelação Criminal: ACR 0003739-77.2013.4.05.8300. 4. Turma. Desembargador Federal: Lazaro Guimarães. DJE: 11 jun. 2015, p. 110.

⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Ação Penal: APN 0005468-12.2011.4.05.8300. Pleno. Desembargador Federal: Emiliano Zapata Leitão. DJE: 5 fev. 2014, p. 61.

¹⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Apelação Criminal: ACR 200782.02.004198-0. 2. Turma. Desembargador Federal: Vladimir Carvalho. DJE: 24 out. 2014, p. 30.

¹¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Apelação Criminal: ACR 200783.00.017720-4. Desembargador Federal: Vladimir Carvalho. 2. Turma. DJE: 9 mai. 2014, p. 76.

¹² BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Habeas Corpus: HC 0003091-27.2014.4.05.8312. 1. Turma. Desembargador Federal: Manoel Erhardt. DJE: 11 dez. 2014, p. 95.

¹³ Segundo Flaviane de Magalhães Barros, em seu estudo sobre a participação da vítima no processo penal, são raros os processos com habilitação de assistentes, constatando-se apenas quando a vítima possui elevado nível social e recursos financeiros para custear a assistência, ou nos casos de grande comoção social, sendo pouca a utilização do instituto no processo penal brasileiro. Vide BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 100.

¹⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). Apelação Criminal: ACR 0001828-44.2010.4.03.6181. 5. Turma, 1. Seção. Desembargador Federal: André Neketschalow. e-DJF3: 28 jun. 2013.

Autora convidada

JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça

(...) 2. Não é admissível a impetração de mandado de segurança contra ato jurisdicional que defere o desbloqueio de bens e valores, por se tratar de decisão definitiva que, apesar de não julgar o mérito da ação, coloca fim ao procedimento incidente.

3. O recurso adequado contra a decisão que julga o pedido de restituição de bens é apelação, sendo incabível a utilização de mandado de segurança como sucedâneo do recurso legalmente previsto.

(REsp 1787449/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 13/03/2020 - **Cadastro IBCCRIM 6184**).

(...) 1. O dano tributário é valorado considerando seu valor atual e integral, incluindo os acréscimos legais de juros e multa.

2. A majorante do grave dano à coletividade, prevista pelo art. 12, I, da Lei 8.137/90, restringe-se a situações de especialmente relevante dano, valendo, analogamente, adotar-se para tributos federais o critério já administrativamente aceito na definição de créditos prioritários, fixado em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), do art. 14, caput, da Portaria 320/PGFN.

3. Em se tratando de tributos estaduais ou municipais, o critério deve ser, por equivalência, aquele definido como prioritário ou de destacados créditos (grandes devedores) para a fazenda local. (...)

6. Fixada, assim, a tese de que o grave dano à coletividade é objetivamente aferível pela admissão na Fazenda local de crédito prioritário ou destacado (como grande devedor).

(STJ, REsp 1849120/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/03/2020, DJe 25/03/2020 - **Cadastro IBCCRIM 6185**).

(...) 3. Com o advento da Lei 13.654, de 23 de abril de 2018, que revogou o inciso I do artigo 157 do CP, o emprego de arma branca no crime de roubo deixou de ser considerado como majorante, a justificar o incremento da reprimenda na terceira fase do cálculo dosimétrico, sendo, porém, plenamente possível a sua valoração como circunstância judicial desabonadora, nos moldes do reconhecido pelas instâncias ordinárias.

4. Considerando o aumento ideal em 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador, que corresponde a 6 anos, chega-se ao incremento de cerca de 9 meses por cada vetalior desabonadora, restando evidenciada, portanto, desproporcionalidade na majoração realizada pela Corte Estadual, que aumentou a pena-base em 1 ano, ante a presença de apenas 1 circunstância judicial.

(STJ, HC 556.629/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2020, DJe 23/03/2020 - **Cadastro IBCCRIM 6186**).

(...) 2. Em recente julgado deste Tribunal entendeu-se que "em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do Direito Penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que aquelas previstas atualmente, o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência" (REsp 1.672.654/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018). Outrossim, vem-se entendendo que a prévia condenação pela prática da conduta descrita no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, justamente por não configurar a reincidência, não pode obstar, por si só, a concessão de benefícios como a incidência da causa de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da mesma lei ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

3. O principal fundamento para este entendimento toma por base uma comparação entre o delito do artigo 28 da Lei de Drogas e a contravenção penal, concluindo-se que, uma vez que a contravenção penal (punível com pena de prisão simples) não configura a reincidência, revela-se desproporcional considerar, para

fins de reincidência, o prévio apenamento por posse de droga para consumo próprio (que, embora seja crime, é punido apenas com advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, ou seja, medidas mais amenas).

4. Adotando-se tal premissa por fundamento, igualmente, mostra-se desproporcional que o mero processamento do réu pela prática do crime previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 torne obrigatória a revogação da suspensão condicional do processo (art. 89, § 3º, da Lei n. 9.099/1995), enquanto que o processamento por contravenção penal (que tem efeitos primários mais deletérios) ocasione a revogação facultativa (art. 89, § 4º, da Lei n. 9.099/1995). Assim, é mais razoável que o fato de o recorrente estar sendo processado pela prática do crime previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 seja analisado como causa facultativa de revogação do benefício da suspensão condicional do processo, cabendo ao magistrado proceder nos termos do § 4º do artigo 89 da Lei n. 9.099/2006 ou extinguir a punibilidade do recorrente (art. 89, § 5º, da Lei n. 9.099/1995), a partir da análise do cumprimento das obrigações impostas.

(STJ, REsp 1795962/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 26/03/2020 - **Cadastro IBCCRIM 6187**).

(...) 1. É exigida não só para a decisão que defere a interceptação telefônica, como também para as sucessivas prorrogações, a concreta indicação dos requisitos legais de justa causa e imprescindibilidade da prova, que por outros meios não pudesse ser feita.

2. Diante da ausência de fundamentação suficiente e válida, resta considerar evadidas de ilicitude a decisão inicial de quebra do sigilo, bem como as sucessivas decisões que deferiram as prorrogações da medida de interceptação telefônica.

3. A prorrogação da quebra de sigilo pode ser concedida tantas vezes quantas necessárias, mas nunca automaticamente, dependendo sempre de decisão judicial fundamentada, com específica indicação da indispensabilidade da continuidade da medida constritiva.

(STJ - 6.ª T. - RHC 124.057 - rel. Nefi Cordeiro - j. 12/05/2020 - public. 18/05/2020 - **Cadastro IBCCRIM 6188**).

(...) 2. A controvérsia a ser dirimida no recurso especial reside em (i) analisar os limites do direito ao esquecimento de pessoa condenada por crime notório, cuja pena se encontra extinta, e (ii) aferir o eventual cabimento de majoração dos danos morais fixados em virtude da divulgação não autorizada de imagem e de informações pessoais da autora do crime e de seus familiares em matéria jornalística publicada mais de vinte anos após ocorrido o ato criminoso.

3. Enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento, a liberdade de imprensa não se restringe aos direitos de informar e de buscar informação, mas abarca outros que lhes são correlatos, tais como os direitos à crítica e à opinião. Por não possuir caráter absoluto, encontra limitação no interesse público e nos direitos da personalidade, notadamente, à imagem e à honra das pessoas sobre as quais se noticia.

4. O interesse público deve preponderar quando as informações divulgadas a respeito de fato criminoso notório forem marcadas pela historicidade, permanecendo atual e relevante à memória coletiva, situação não configurada na hipótese dos autos em que houve exposição da vida íntima de pessoa condenada por delito, cuja pena se encontra extinta, e sua família.

5. A publicação de reportagem com conteúdo exclusivamente voltado à divulgação de fatos privados da vida contemporânea de pessoa previamente condenada por crime e de seus familiares revela abuso do direito de informar, previsto pelo artigo 220, § 1º da Constituição Federal, e viola o direito à privacidade, consolidado pelo artigo 21 do Código Civil, por representar indevida interferência sobre a vida particular dos personagens retratados, dando ensejo ao pagamento de indenização.

6. No caso concreto, o Tribunal de origem fixou o entendimento de que a reportagem se limitou a descrever hábitos rotineiros da autora do crime, de seu esposo e de seus filhos, utilizando o delito como subterfúgio para expor o cotidiano da família, inclusive crianças e adolescentes, premissas fáticas cujo reexame é vedado nos termos da Súmula nº 7/STJ.

7. A exploração midiática de dados pessoais de egresso do sistema criminal configura violação do princípio constitucional da proibição de penas perpétuas, do direito à reabilitação e do direito de retorno ao convívio social, garantidos pela legislação infraconstitucional nos artigos 41, VIII e 202 da Lei nº 7.210/1984 e 93 do Código Penal.

8. Diante de evidente interesse social no cultivo à memória histórica e coletiva de delito notório, incabível o acolhimento da tese do direito ao esquecimento para o fim de proibir qualquer veiculação futura de matérias jornalísticas relacionadas ao fato criminoso, sob pena de configuração de censura prévia, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio.

9. A extensão dos efeitos da condenação a terceiros não relacionados com o delito configura transgressão ao princípio da intranscendência ou da personalidade da pena, consagrado pelo artigo 5º, XLV, da Constituição Federal, sendo especialmente gravosa quando afetar crianças ou adolescentes, os quais se encontram protegidos pela Lei nº 8.069/1990 (ECA), que assegura o direito à proteção integral e o pleno desenvolvimento de forma sadia.

(STJ, REsp 1736803/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/04/2020, DJe 04/05/2020 - **Cadastro IBCCRIM 6189**).

(...) 2. A falsidade ideológica é crime formal e instantâneo, cujos efeitos podem vir a se prostrar no tempo. A despeito dos efeitos que possam, ou não, vir a gerar, ela se consuma no momento em que é praticada a conduta. Precedentes.

3. Diante desse contexto, o termo inicial da contagem do prazo da prescrição da pretensão punitiva é o momento da consumação do delito, e não da eventual reiteração de seus efeitos. Se o julgado rescindendo admite que os falsos foram praticados em 2003 e 2007, quando as sócias "laranja" foram incluídas pela primeira vez no contrato social da empresa, erra ao afirmar que teriam sido reiterados quando, por ocasião das alterações contratuais ocorridas em 21/06/2010, 1º/06/2011 e 26/07/2011, o réu deixou de regularizar o nome dos sócios verdadeiramente titulares da empresa, mantendo o nome dos "laranjas". Isso porque, não há como se entender que constitui novo crime a omissão do réu em corrigir informação falsa por ele inserida em documento público quando teve oportunidade para tanto. Tampouco há como se entender que a lei pune um crime instantâneo porque ele continua produzindo efeitos depois de sua consumação.

(STJ – 3.ª S. – Rv. Cr. 5.233 – rel. Reynaldo Soares da Fonseca – j. 13/05/2020 – public. 25/05/2020 - **Cadastro IBCCRIM 6190**).

(...) 1. Inexiste óbice à prisão em situação de flagrância, efetivada por

guardas municipais ou qualquer outra pessoa, não havendo falar, em tais casos, em ilicitude das provas daí decorrentes.

2. Na hipótese, entretanto, após denúncia anônima, guardas municipais abordaram o réu e, com ele não encontrando entorpecentes, seguiram até terreno localizado nas proximidades, onde foram apreendidos, além de maconha, 10 reais, um filme plástico utilizado para embalar a droga e documento relativo à execução criminal do réu.

3. Desempenhada atividade de investigação, deflagrada mediante denúncia anônima, que desborda da situação de flagrância, deve ser mantido o reconhecimento da invalidade das provas dela decorrentes.

(STJ – 6.ª T. – REsp. 1.854.065 – rel. Nefi Cordeiro – j. 02/06/2020 – public. 08/06/2020 - **Cadastro IBCCRIM 6191**).

(...) 3. A vulnerabilidade, como condição excepcional que é, geradora de situação desfavorável aos réus, tem de ser interpretada de forma restrita, em observância aos princípios da intervenção mínima do Direito Penal, da ofensividade, do contraditório e da presunção de inocência.

4. Nos casos de vulnerabilidade temporária, em que a vítima recupera suas capacidades físicas e mentais e o pleno discernimento para decidir acerca da persecução penal de seu ofensor, a ação penal dos crimes sexuais cometidos sob a égide da redação conferida ao art. 225 do Código Penal pela Lei n. 12.015/2009 deve ser mantida como pública condicionada à representação. Precedente da 6ª Turma.

(STJ, REsp 1814770/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 01/07/2020 - **Cadastro IBCCRIM 6192**).

(...) 1. O art. 126 da Lei de Execuções Penais prevê duas hipóteses de remição da pena: por trabalho ou por estudo.

2. No caso de frequência escolar, prescreve o inciso I, do § 1.º, do art. 126, da LEP, que o Reeducando poderá remir 1 dia de pena a cada 12 horas de atividade, divididas, no mínimo, em 3 dias.

3. É certo que, para fins de remição da pena pelo trabalho, a jornada não pode ser superior a oito horas (STF, HC 136.701, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 19/06/2018, DJe 31/07/2018; v.g.). Por isso, no caso de superação da jornada máxima de 8 horas, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que "*eventuais horas extras devem ser computadas quando excederem a oitava hora diária, hipótese em que se admite o cômputo do excedente para fins de remição de pena*" (HC 462.464/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 28/09/2018).

4. O inciso II do art. 126 da Lei de Execuções Penais limita-se a referir que a remição ali regrada ocorre à razão de "*1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho*". Diferentemente, para o caso de estudo, a jornada máxima está prevista na LEP, ao descrever que a remição é de "*1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias*" (que resulta média máxima de 4 horas por dia). Todavia, a circunstância de a LEP limitar apenas as horas de estudos não pode impedir a equiparação com a situação da remição por trabalho. A *mens legis* que mais se aproxima da intenção ressocializadora da LEP é a de que tal detalhamento, no inciso II, seria na verdade despiciendo, porque o propósito da norma foi o de reger-se pela jornada máxima prevista pela legislação trabalhista.

Não é possível interpretar o art. 126 como se o Legislador tivesse diferenciado as hipóteses de remição para impedir que apenas as horas excedentes de estudo não pudessem ser remidas – o que, a propósito, não está proibido expressamente para nenhuma das duas circunstâncias.

5. “[N]enhum esforço da pessoa presa para reduzir seu grau de vulnerabilidade – em especial em um ambiente dessocializador por natureza – pode ser desprezado. Em última análise, o princípio da humanidade demanda que todas as oportunidades redutoras de danos sejam aproveitadas, evitando-se desperdícios de esforço humano e tempo existencial. [...]. [N]ão é razoável, nem proporcional, admitir-se a interpretação ampliada da lei para efeito de remição por trabalho e vedá-la para fins de remição por estudo” (ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: Teoria Crítica*. 4.ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 419-420).

(STJ – 6.ª T. – HC 461.047 – rel. Laurita Vaz – j. 04/08/2020 – public. 14/08/2020 - **Cadastro IBCCRIM 6193**).

(...) 1. No julgamento do HC-166.373/PR, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, decidiu que as alegações finais dos réus colaboradores, quando possuem carga acusatória, devem anteceder os memoriais dos corréus delatados, sob pena de violação dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

2. Embora a oportunidade tenha se assentado que a Suprema Corte formularia a tese jurídica sobre a matéria, para definir os critérios de aplicação da nova interpretação, sobretudo eventual modulação de efeitos, tal fato ainda não ocorreu. Desse modo, da leitura do informativo 954/STF, concluiu-se que “constitui verdadeiro obstáculo judicial ao exercício do contraditório e da ampla defesa a concessão de prazo comum a todos os litisconsortes penais passivos, os quais figurem, simultaneamente, numa mesma relação processual penal, agentes colaboradores e corréus por estes delatados”.

3. Desse modo, a inobservância dos mandamentos constitucionais da ampla defesa e do contraditório macula o ato judicial firmado com nulidade absoluta, tamanha a gravidade do vício que sobre ele se abate, não necessitando da comprovação do prejuízo, uma vez que ele está implícito no descumprimento dos preceitos fundamentais. Não se pode perder de vista que o prejuízo também é diretamente decorrente da prolatação de sentença penal condenatória, cuja pena imposta à agravada foi superior a 24 (vinte e quatro) anos de reclusão.

4. Por outro lado, a única exigência, até o momento, para a declaração da nulidade aqui examinada, diz respeito à necessidade de o vício ser alegado a tempo e modo, ou seja, na primeira oportunidade em que a defesa pode se manifestar nos autos, evitando, assim, a malfadada “nulidade guardada”, em que falha processual sirva como uma ‘carta na manga’, para utilização eventual e oportuna pela parte, apenas caso seja do seu interesse (HC 452.528/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 12/05/2020, DJe 19/05/2020). No caso, a defesa requereu, desde o início, o direito da recorrente delatada apresentar as alegações finais após as corréus colaboradoras, o que afasta a preclusão.

(STJ, RHC 119.520, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 25/08/2020, p. 31/08/2020 - **Cadastro IBCCRIM 6194**).

(...) 1. Não atende aos requisitos do art. 41 do CPP a peça acusatória que, ao imputar o crime de corrupção passiva, não indica precisamente qual vantagem indevida ou promessa de tal vantagem teria sido solicitada ou recebida pelo agente apta a caracterizar o

crime, tampouco quando, ao imputar o delito de lavagem de dinheiro, não individualiza a conduta do agente no conjunto de acusados, ao final, mostrando-se genérica.

(STJ – 6.ª T. – HC 588.159 – rel. Nefi Cordeiro – j. 25/08/2020 – public. 04/09/2020 - **Cadastro IBCCRIM 6195**).

(...) 6. Como se sabe, a prisão domiciliar, no âmbito da persecução penal, consiste em medida substitutiva à prisão preventiva e não em medida alternativa à prisão. Dessa forma, para que seja possível a prisão cautelar, o julgador deve analisar os pressupostos autorizadores da prisão preventiva dispostos nos arts. 311 e 312 do Código de Processo Penal e, caso presentes, poderá determinar seu cumprimento em domicílio, desde que configurada uma das hipóteses previstas no art. 318 do Código de Processo Penal.

7. *In casu*, o Tribunal mineiro considerou que os requisitos da preventiva não estavam preenchidos, porém, mesmo assim, determinou a prisão cautelar, o que não encontra guarida legal, já que, como se disse, a prisão domiciliar é medida substitutiva à prisão.

8. Ordem concedida parcialmente, apenas para afastar a prisão cautelar, ficando mantidas as demais cautelares fixadas pela instância ordinária.

(STJ – 6.ª T. – HC 564.485 – rel. Sebastião Reis Júnior – j. 25/08/2020 – public. 01/09/2020 - **Cadastro IBCCRIM 6196**).

Compilação e curadoria científica de
Roberto Portugal de Biazí e Vivian Peres.



DIRETORIA EXECUTIVA

Presidenta: **Eleonora Rangel Nacif**
1.º Vice-Presidente: **Bruno Shimizu**
2.º Vice-Presidente: **Helios Alejandro Nogués Moyano**
1.ª Secretária: **Andréa Cristina D'Angelo**
2.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

OUVIDORA

Fabiana Zanatta Viana

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

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

EDITOR-CHEFE: Luigi Giuseppe Barbieri Ferrarini.

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

EDITORES EXECUTIVOS: Helen Christo e Willians Meneses.

EXPEDIENTE EDITORIAL: Diretoria do IBCCRIM

CORPO DE PARECERISTAS DESTE VOLUME:

Brunna Laporte Cazabonnet (PUCRS - Porto Alegre/RS), Gustavo de Carvalho Marin (USP/SP), Indaiá Lima Mota (UFBA - Salvador/BA), Joel de Freitas (UNEMAT- Cáceres/MT), Marcio Guedes Berti (Unioeste - Toledo/PR), Maria Eduarda Azambuja Amaral (PUC - Porto Alegre/RS), Paulo Silas Filho (UNINTER - Curitiba/PR), Renan Barboza de Faria (USP - São Paulo/SP), Rodrigo Oliveira de Camargo (PUC - Porto Alegre/RS), Ruiz Ritter (PUC - Porto Alegre/RS), Thais Del Monte Buzato (UNIP - São Paulo/SP) e Thales de Andrade (UFMA - São Luís/MA).

CORPO DE AUTORES(AS) DESTE VOLUME:

Bruno Rotta Almeida (PUC - Porto Alegre/RS), Daniel Nascimento Duarte (UFRJ - Rio de Janeiro/RJ), Elaine Pimentel (UFPE - Recife/PE), Fabiana Alves Mascarenhas (UFF - Niterói/RJ), Fabiana Galera Severo (USP - São Paulo/SP), Luiz Antonio Borri (Unicesumar - Várzea Alegre/CE), Marcella Mascarenhas Nardelli (UERJ - Rio de Janeiro/RJ), Patrick Cacicedo (USP - São Paulo/SP), Rafael Junior Soares (PUC - Curitiba/PR), Ricardo Maimone Lauretti (ABDConst - Rio de Janeiro/RJ), Rodrigo Teles de Oliveira (FADIC - Recife/PE) e Thiago Miranda Minagé (UFRJ/FND - Rio de Janeiro/RJ).

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

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

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

BASES DE DADOS INDEXADAS:



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

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

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

EDITAL DE SELEÇÃO DE ARTIGOS

BOLETIM ESPECIAL DESCOLONIZAR

AS CIÊNCIAS CRIMINAIS E OS DIREITOS HUMANOS

Envie seu artigo até

3 de novembro para

boletim@ibccrim.org.br

Acesse o edital completo em
www.ibccrim.org.br



rede
brasileira de
saberes
descoloniais