

BOLETIM

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

ISSN 1676-3661



ANO 32 - Nº 375 - FEVEREIRO/2024



EDITORIAL

2 O que esperar do Supremo Tribunal Federal em 2024?

CADERNO DE DOCTRINA

5 Presunção de inocência no Brasil entre o Direito e a política: à guisa de uma interpretação

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Roberto José Caldas Freire Junior
César de Alencar Costa Cunha

9 A Defensoria Pública enquanto *custos vulnerabilis* e a Súmula 71 do Tribunal de Justiça do Ceará

Jorge Bheron Rocha
Maurílio Casas Maia
Nestor Eduardo Araruna Santiago

12 Algumas reflexões sobre a medida de segurança

Maria Auxiliadora Minahim

14 Colaboração premiada e os crimes dolosos contra a vida

Luiz Antonio Borri
Rafael Junior Soares

18 Intervenção da vítima na investigação preliminar: fundamento e possibilidades

Andrey Borges de Mendonça

22 Colaboração premiada e teoria dos jogos: desafios estratégicos da investigação criminal

David Pimentel Barbosa de Siena

26 Reflexões sobre governança corporativa na CBF: da imprescindibilidade de um efetivo programa de *compliance*

Taiguara Libano Soares e Souza
Victor Bastos Ribeiro

28 Reincidência: circunstância agravante ou atenuante? Um debate pela criminologia crítica

Gabriel Moura Caires Brilhante

32 Racismo estrutural na guerra às drogas: o caso do *Habeas Corpus* 208.240/SP e a jurisprudência estadunidense

Rafael Ferreira de Albuquerque Costa

NORMAS DE PUBLICAÇÃO



O QUE ESPERAR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM 2024?

WHAT TO EXPECT FROM THE BRAZILIAN SUPREME COURT IN 2024?

Resumo: Em um cenário turbulento, o Supremo Tribunal Federal (STF) enfrentará grandes desafios no ano de 2024, nos campos institucional e jurisdicional. Nesse último, em matéria criminal, há muitos temas importantes a serem decididos pela Suprema Corte — acompanhados de perto pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, inclusive como *amicus curiae*.

Palavras-chave: Tribunais superiores; *Amicus curiae*; Temas criminais.

Abstract: In a turbulent scenario, the Brazilian Supreme Court will face big challenges in the year 2024, in the institutional and jurisdictional fields. In the latter, in criminal matters, there are many important issues to be decided by the Supreme Court—followed by the Brazilian Institute of Criminal Sciences, also as *amicus curiae*.

Keywords: Superior courts; *Amicus curiae*; Criminal matters.

O último dia 8 de janeiro marcou um ano dos ataques antidemocráticos em Brasília. Naquele fatídico dia de 2023, um dos principais alvos dos vândalos foi a sede do Supremo Tribunal Federal (STF), em um brutal ataque que redundou em danos na casa de milhões de reais.

A despeito do substancial prejuízo financeiro, o maior dano foi institucional: se, por um lado, o ataque à máxima autoridade do Poder Judiciário brasileiro reforçou o papel e a importância do Tribunal Supremo e das demais instituições democráticas (que resistiram à fracassada tentativa de golpe), por outro lado, trouxe ventos de crise institucional à Corte, seja sob o aspecto da imagem, seja sob o aspecto da relação com outros poderes.

Afinal, mesmo que não seja um reflexo direto da mentalidade antidemocrática que se concretizou naquele 8 de janeiro, é sintomático que o STF figure dentre os órgãos de menor confiança do brasileiro.¹ Na mesma linha, chama atenção a súbita tramitação e aprovação, pelo Senado Federal, da Proposta de Emenda Constitucional que limita decisões monocráticas na Suprema Corte.² Entre críticas a uma possível retaliação do Legislativo ao STF e apoiadores da medida por “busca de equilíbrio entre os Poderes” — nas palavras do presidente do Senado, Rodrigo Pacheco — (Baptista, 2023), o fato é que, como muito bem apontado pelo Professor **José Eduardo Faria** (2024, p. A3), esse movimento é preocupante:

[...] adaptando ao Brasil — que sempre esteve sujeito a situações excepcionais — o que disse certa vez Norberto Bobbio, só o pessimismo da razão pode despertar quem não se dá conta de que, numa crise entre Poderes, o ‘sono da razão’ pode resultar em monstruosidades institucionais.

É em meio a esse turbilhão que o STF ingressa no ano de 2024 com grandes desafios institucionais e, ao que importa aqui, jurisdicionais, especificamente no campo criminal. Afinal, como

instância última de jurisdição, sua importância no sistema de justiça penal se revela não apenas por ser, muitas vezes, uma última tentativa da sôfrega massa de acusados de ter sua defesa acolhida e sua liberdade concedida, mas também por ser o órgão definidor de interpretações legais e constitucionais que vão balizar todas as instâncias jurisdicionais.

Daí a expectativa e a atenção do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) com o julgamento de temas criminais importantes pelo STF.

Inicialmente, já previsto na pauta desse mês de fevereiro, o julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1.042.075 (tema 977 de repercussão geral), em que o IBCCRIM, como *amicus curiae*, sustenta a imprescindibilidade de decisão judicial para acesso a dados pessoais contidos em meios físicos ou digitais (como, a exemplo do caso concreto, de aparelho celular relacionado à prática delitiva)³ (Brasil, 2017a).

Para os meses subsequentes, aguarda-se a retomada do julgamento do RE 635.659, sobre a (in)constitucionalidade da criminalização de drogas para consumo pessoal. Como já manifestado publicamente pelo Instituto (IBCCRIM, 2023), espera-se que a Suprema Corte reveja o posicionamento até agora formado (restrito ao porte de maconha), para abranger qualquer substância psicoativa ilícita.

O mesmo ocorre com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, em que o Instituto, também como *amicus curiae*, pleiteia a inconstitucionalidade da criminalização do aborto, adotando-se como critério a possibilidade de interrupção de gravidez até a 12ª semana de gestação⁴ (Brasil, 2017b). Espera-se que os demais Ministros sigam o substancial voto proferido pela então Ministra Relatora Rosa Weber pela procedência da ação.

Outro julgamento que pode ter grande impacto no cenário nacional é o da quebra de sigilo de dados de coletividade de

peças (RE 1.301.250, tema de repercussão geral 1.148). O Instituto, na qualidade de *amicus curiae*, sustenta a inconstitucionalidade da medida, pois “esbarra no núcleo do direito fundamental à proteção de dados, na medida em que enseja grave risco de um cenário de vigilância permanente (proporcionalidade em sentido estrito)”⁵ (Brasil, 2020, peça 66). Aguarda-se que, em breve, seja novamente incluído em pauta, após o voto da relatora, Ministra Rosa Weber, pelo provimento do recurso, e a vista dos autos solicitada pelo Ministro Alexandre de Moraes, que os devolveu para julgamento.

Igualmente na figura de *amicus curiae*, o IBCCRIM aguarda o desfecho de duas importantes ações de constitucionalidade, 3.450 e 7.389, que tratam, respectivamente, da decretação de interceptação telefônica de ofício pelo juiz (art. 3º da Lei 9.296/96) (Brasil, 2005, peça 42) e da Política Antimanicomial do Poder Judiciário (Resolução CNJ 487/23) (Brasil, 2023, peça 34).

Outra questão na ordem do dia diz respeito à licitude de relatórios de inteligência financeira (RIFs) do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF, atual Unidade de Inteligência Financeira – UIF), requisitados diretamente pela autoridade policial, sem prévia autorização judicial, à luz da decisão tomada no RE 1.055.941 (tema 990 de repercussão geral). Esse é o objeto da RCL 61.944 (Brasil, 2023)⁶, que se

espera seja julgada pelo Plenário em 2024, para consolidar o entendimento da Corte nessa matéria.

O IBCCRIM também aguarda o desfecho do julgamento do HC 208.240 (Brasil, 2021),⁷ que versa sobre perfilamento racial.

Por fim, mas não menos importante, há de se acompanhar o devido cumprimento de duas importantes decisões proferidas recentemente pela Suprema Corte, especificamente nos seguintes pontos: (i) a elaboração de plano nacional e de planos estaduais e distrital para a superação do estado de coisas inconstitucional, reconhecido na ADPF 347 – sendo que, para o plano nacional, o prazo é de seis meses, a partir da publicação do acórdão (DJE 18/12/23); e (ii) a implementação dos juízos das garantias, no prazo de doze meses, pelos tribunais do País, tal como determinado nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.

Como se vê, são vários os temas criminais a serem analisados pelo STF. O IBCCRIM, forte em seus princípios e na produção de ciências criminais, acompanhará atentamente esses julgamentos (inclusive na qualidade de *amicus curiae*) ao longo desse ano de 2024 – e deseja que a Corte e seus Ministros tenham sabedoria e serenidade para, com suas decisões, contribuírem para a melhora do sistema de justiça penal brasileiro.

Como citar (ABNT Brasil):

IBCCRIM. O que esperar do Supremo Tribunal Federal em 2024? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 32, n. 375, p. 2-3, 2024. Disponível em: <https://publi>

[caoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/936](https://publi.cacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/936). Acesso em: 31 jan. 2024.

Notas

¹ Conforme a recente pesquisa “A cara da democracia”, realizada pelo Instituto da Democracia (IDDC-INCT), o percentual de pessoas que afirmaram confiar “pouco”, “mais ou menos” ou “muito” no STF caiu de 64%, em 2022, para 60%, em 2023 (sendo que apenas 14% declararam confiar “muito”); e o percentual dos que disseram não confiar nem um pouco no STF aumentou de 32% para 36%, no mesmo período. Mais detalhes em Iory (2023).

² PEC 8/2021, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados (Brasil, 2021).

³ Confira a manifestação do IBCCRIM (peça 131) clicando [aqui](#).

⁴ Confira a manifestação do IBCCRIM (peça 960) clicando [aqui](#).

⁵ Confira a manifestação do IBCCRIM (peça 66) clicando [aqui](#).

⁶ Confira-se o memorial e o pedido de ingresso como *amicus curiae* (peça 57) clicando [aqui](#).

⁷ Confira-se o memorial e o pedido de ingresso (peça 55) como *amicus curiae* clicando [aqui](#).

Referências

BAPTISTA, Rodrigo. Senado aprova PEC que limita decisões individuais em tribunais. *Agência Senado*, 22 nov. 2023. Disponível em: <https://www12.sena.do.leg.br/noticias/materias/2023/11/22/senado-aprova-pec-que-limita-decisoes-individuais-em-tribunais>. Acesso em: 08 jan. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. *Proposta de Emenda à Constituição n° 8, de 2021*. Altera a Constituição Federal para dispor sobre os pedidos de vista, declaração de inconstitucionalidade e concessão de medidas cautelares nos tribunais. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2021. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicameras/-/ver/pec-8-2021>. Acesso em: 08 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI/3450*, Relator: Min. Gilmar Mendes. Autuado: 29 mar. 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2282869>. Acesso em: 08 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI/7389*, Relator: Min. Edson Fachin. Autuado em: 17 maio 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6644330>. Acesso em: 08 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF/442*. Autuado em: 13 fev. 2017b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>. Acesso em: 08 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AREsp 1054680/RJ (2017/0029990-0)*. Autuado em: 13 fev. 2017a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5173898>. Acesso em: 08 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 208.240*. Autuado em: 26 out. 2021. Disponível em: <https://peticao.stf.jus.br/visualizarProcesso/6287873/1>. Acesso em: 08 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RCL 61.944*. Autuado em: 28 ago. 2023. Disponível em: <https://peticao.stf.jus.br/visualizarProcesso/6726170/1>. Acesso em: 08 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 1301250*. Autuado em: 30 nov. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6059876>. Acesso em: 08 jan. 2024.

FARIA, José Eduardo. Mais crises à vista. *Folha de S. Paulo*, 3 jan. 2024, p. A3. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2024/01/mais-crises-a-vista.shtml>. Acesso em: 08 jan. 2024.

IBCCRIM. Oportunidade perdida? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 31, n. 371, p. 1-3, 2023. <https://doi.org/10.5281/zenodo.8368114>

IORY, Nicolas. Partidos, Congresso, igrejas, STF: o quanto o brasileiro confia nessas e em outras instituições? *O Globo*, 13 jul. 2023. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/blogs/pulso/post/2023/09/partidos-congresso-igrejas-stf-o-quanto-o-brasileiro-confia-nessas-e-em-outras-instituicoes.ghtml>. Acesso em: 08 jan. 2024.

NOTAS

IBCCRIM ELABORA PARECER SOBRE CÂMERAS CORPORAIS EM AGENTES DE SEGURANÇA PÚBLICA

O Departamento de Segurança Pública do IBCCRIM elaborou um parecer com 11 sugestões para a Diretriz Nacional sobre Câmeras Corporais em Segurança Pública — que foi submetido a consulta pública (veja em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/cameras-corporais>).

O documento, produzido pela Secretaria Nacional de Segurança Pública, está dividido em 26 artigos — com diretrizes que devem ser obrigatoriamente observadas pelos estados que optarem pelo uso das câmeras corporais em forças de segurança.

No parecer, o IBCCRIM questiona pontos importantes da Portaria, afirmando que o documento mantém uma tradição legislativa “de plena confiança nas forças de segurança e na baixa participação de outros órgãos e da população civil em temas dessa natureza”, concluindo que a Portaria “foi realizada pela polícia e para a polícia”.

Confira a íntegra do parecer em: <https://ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/arquivo-26-01-2024-17-48-18-611722.pdf>.

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

EDITORIAL

2. O que esperar do Supremo Tribunal Federal em 2024?

CADERNO DE DOCTRINA

5. Presunção de inocência no Brasil entre o Direito e a política: à guisa de uma interpretação

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Roberto José Caldas Freire Junior e César de Alencar Costa Cunha

9. A Defensoria Pública enquanto *custos vulnerabilis* e a Súmula 71 do Tribunal de Justiça do Ceará

Jorge Bheron Rocha, Maurilio Casas Maia e Nestor Eduardo Araruna Santiago

12. Algumas reflexões sobre a medida de segurança

Maria Auxiliadora Minahim

14. Colaboração premiada e os crimes dolosos contra a vida

Luiz Antonio Borri e Rafael Junior Soares

18. Intervenção da vítima na investigação preliminar: fundamento e possibilidades

Andrey Borges de Mendonça

22. Colaboração premiada e teoria dos jogos: desafios estratégicos da investigação criminal

David Pimentel Barbosa de Siena

26. Reflexões sobre governança corporativa na CBF: da imprescindibilidade de um efetivo programa de *compliance*

Taiguara Libano Soares e Souza e Victor Bastos Ribeiro

29. Reincidência: circunstância agravante ou atenuante? Um debate pela criminologia crítica

Gabriel Moura Caires Brilhante

33. Racismo estrutural na guerra às drogas: o caso do *Habeas Corpus* 208.240/SP e a jurisprudência estadunidense

Rafael Ferreira de Albuquerque Costa

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO BRASIL ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA: À GUISA DE UMA INTERPRETAÇÃO

*PRESUMPTION OF INNOCENCE IN BRAZIL BETWEEN LAW AND POLITICS: AS AN
INTERPRETATION*

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima

Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Frankfurt,
Alemanha. Professor Titular da Unifor. Procurador do
Município de Fortaleza.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2402860645108428>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0052-2901>
barreto@unifor.br

Roberto José Caldas Freire Junior

Doutorando em Direito Constitucional pela Unifor. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4957117651821438>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3737-6207>
robertofreirejr40@gmail.com

César de Alencar Costa Cunha

Graduando em Direito na Unifor.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9971073185093312>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2510-1356>
cesardealencar@edu.unifor.br

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.10515759>

Resumo: O objetivo inicial desta pesquisa foi desenvolver uma análise crítico-dogmática do HC 126.262, com a intenção de identificar os fundamentos de natureza jurídica, mas, especialmente, política, na interpretação dos direitos fundamentais que justificasse o suposto *overruling*. Em outras palavras, a intenção era identificar, nas razões do relator, os fundamentos políticos ilegítimos que reduziram o alcance do princípio da presunção de inocência e propor uma interpretação constitucionalmente adequada ao processo penal democrático. Com esse ânimo, em um primeiro momento, foram estudados os aspectos essenciais do princípio da presunção de inocência, como seu conteúdo e alcance, contrapondo-o à análise do julgado responsável pela redução do caráter protetivo dessa garantia, o HC 126.292. Em seguida, foi feita a análise crítica à luz da doutrina dogmática respeitável e dos fundamentos daquela decisão, com o intuito de demonstrar e desenvolver a linha interpretativa acerca da presunção de inocência que pode ser considerada adequada ao processo penal de uma democracia. Analisou-se em síntese as paradigmáticas ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs) 43, 53 e 54, e, finalmente, fez-se prognose e exortação à nova resistência democrática para efetividade da presunção de inocência.

Palavras-chave: Princípio da presunção de inocência; Interpretação constitucional; HC 126.292; ADCs 43, 44, 54; RE 1.235.340.

Abstract: The initial objective of this research was to develop a critical-dogmatic analysis of HC 126,262, with the intention of identifying the legal, but especially political, foundations in the interpretation of fundamental rights that justified the supposed *overruling*. In other words, the intention was to identify, in the rapporteur's reasons, the illegitimate political foundations that reduced the scope of the principle of presumption of innocence and to propose a constitutionally adequate interpretation of the democratic criminal process. Initially, the essential aspects of the principle of presumption of innocence were studied, such as its content and scope, contrasting it with the analysis of the judge responsible for reducing the protective nature of this guarantee, HC 126,292. Then, a critical analysis was made, in the light of respectable dogmatic doctrine, of the foundations of that decision with the aim of demonstrating and developing the interpretative line regarding the presumption of innocence that can be considered appropriate to the criminal process of a democracy. The paradigmatic Declaratory Actions of Constitutionality (ADCs) 43, 53 and 54 were summarized and, finally, a prognosis and exhortation to the new democratic resistance for the effectiveness of the presumption of innocence were made.

Keywords: Principle of the presumption of innocence; Constitutional interpretation; HC 126,292; ADCs 43, 44, 54; RE 1,235,340.

1. Introdução

Iniciada com o objetivo de realizar uma análise crítico-dogmática da emblemática decisão do *Habeas Corpus* (HC) 126.262/SP, a pesquisa buscou aproximar uma compreensão à justificativa do *overruling*, ripristinando a jurisprudência anterior ao HC 84.078/MG de 2009, que garantiu efetividade da execução penal, apenas o trânsito em julgado como inculcado no texto constitucional. Assim, buscou-se identificar os fundamentos de natureza jurídica, mas, sobretudo, política, na interpretação dos direitos fundamentais, manifestada pelo relator, o qual provocou a demanda das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44. O processo penal é o termômetro da democracia (Goldschmidt, 2018, p. 67, Lopes Júnior, 2006, p. 2), assim como a presunção de inocência é o ponto central para prognose dos níveis dessa democraticidade (Cunha Martins, 2012, p. 79), e, como a matéria penal tem deveras tradição autoritária neste País (Gloeckner, 2018), ressalta-se a relevância do presente estudo.

Por outro lado, o julgamento das ADCs 43 e 44 determina a superação do entendimento desse HC 126.292/SP, fazendo, portanto, retornar o conteúdo de pleno alcance do art. 5º, LVII, da Constituição Federal (CF) da presunção de inocência, que prevê o esgotamento dos recursos disponíveis no sistema jurídico para o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e o início da execução definitiva da pena criminal.

Dessa forma, o problema consiste em identificar na interpretação constitucional, manifestada no voto relator, fundamentos políticos em hipótese ilegítimos que implicarão numa reinterpretação responsável pela redução do alcance protetivo da garantia fundamental e pela proposição de uma interpretação constitucionalmente adequada ao processo penal democrático.

2. O HC 126.292/SP e a reinterpretação do art. 5º, LVII, da Constituição

Apesar da clareza do enunciado da garantia e da tradição de seu conteúdo, insculpida no art. 5º, LVII, da CF: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (Brasil, 1988), foi somente depois de onze anos de vigência de uma nova ordem democrática, num país de tradição autoritária, que, em 5 de fevereiro de 2009, num emblemático julgamento que suscitou debates à exaustão, o Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria de votos (sete a quatro) julgou o HC 84.078/MG, concedendo a ordem para garantir a execução da pena somente após o trânsito em julgado.

Assim, tornou-se o precedente paradigmático, o qual influenciou a cultura jurídica e o próprio parlamento na reforma do Código de Processo Penal (CPP) com a Lei 12.043/2011, notadamente na nova redação do art. 283 do CPP:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado (Brasil, 2011).

Sete anos depois, em 17 de fevereiro de 2016, o STF, no julgamento do HC 126.292/SP, modificou o entendimento acerca da presunção de inocência, passando a permitir a execução antecipada da pena. O cenário consistia em um caso de crime comum contra o patrimônio, em Itapeverica da Serra, 29 de março de 2011, no qual dois homens foram denunciados pela prática de roubo qualificado. Presos preventivamente, tiveram as prisões processuais revogadas, mas ambos foram condenados, em 28 de junho de 2013. A um deles, o juiz permitiu recorrer em liberdade; o outro teve sua prisão decretada. Ambos também apelaram ao Tribunal de Justiça de São Paulo, e o Ministério Público não recorreu. Em 13 de fevereiro de 2013, a apelação foi julgada e negada. Um dos indivíduos já estava preso, e assim continuou; o outro, antes em liberdade, teve sua prisão decretada de ofício, sem nenhuma fundamentação e em regime inicial fechado, mesmo com a pena de cinco anos e quatro meses, isto é, menor que oito, cabendo regime semiaberto, embora transitada em julgado para o Ministério Público a sentença condenatória.

Em 19 de fevereiro de 2014, impetrou-se HC no Superior Tribunal de Justiça. A liminar foi denegada. No trâmite para julgar o mérito, o Ministério Público Federal (MPF), de forma surpreendente, deu parecer favorável à concessão. Foi contra essa decisão que denegou a liminar que o paciente impetrou com outro HC junto ao STF. Em 5 de fevereiro de 2015, o Min. Teori Albino Zavascki deferiu a liminar, concedendo a ordem para que o réu daquele processo de crime comum de Itapeverica da Serra pudesse responder ao processo penal em liberdade, fazendo observar na motivação do *decisum* que nenhum fundamento havia no acórdão que determinou a prisão preventiva do réu condenado, conquanto ausente os requisitos do art. 312, CPP, e em desconformidade com a jurisprudência do STF, a ponto de entender a superação da Súmula 691, STF.

Em fevereiro de 2016, quando do julgamento pelo plenário, da liminar concedida por Teori Zavascki, o ministro mudou o voto. Como diz Streck (2018, p. 315-316): “Além do giro de 180 graus na jurisprudência, acabou por sufragar uma prisão decretada fora de qualquer legalidade, circunstância reconhecida pelo MPF e pelo próprio Ministro Teori Zavascki”.

3. Crítica à justificação política da interpretação

Por sete votos a quatro, com a virada do voto do relator, que havia, há um ano, concedido a liminar, permitiu-se a execução antecipada da pena, promovendo uma nova política judiciária em matéria penal. O impacto também alcançou o processo civil e o processo trabalhista, além de levar a um acréscimo descomunal na população carcerária.

Uma vez que não se tratava de *jurisprudence turn* ou de, tecnicamente um *overruling*, o “Supremo Tribunal Federal transformou a discussão jurídica-constitucional *stricto sensu* em um assunto moral e político acerca da impunidade” (Streck, 2018, p. 318-319).

A história de institucionalização e variação do seu conteúdo e alcance da garantia fundamental da presunção de não culpabilidade está associada ao próprio processo de evolução do Estado de Direito. De fato, constitui-se uma garantia clássica

como núcleo fundante do Estado de Direito, notadamente na evolução liberal. Desde o “Leviatã” de Hobbes ao “Dos Delitos e das Penas”, de Cesare Beccaria, que lhe deram fundamentação, o princípio foi insculpido no art. 8º da Constituição da Virgínia de 1776 e no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (Ferrajoli, 2014).

Na sua evolução, a Escola Clássica italiana, através Francesco Carrara, elevou-o “[...] a postulado fundamental da ciência processual e pressuposto de todas as outras garantias do processo” (Ferrajoli, 2014, p. 507), nos tempos áureos do liberalismo.

Dito de forma diferente, o princípio da presunção de inocência – que, como vimos, também é regra, não havendo, portanto, espaço para manipulação retórica de ponderação – encerra o critério de democraticidade (Prado; Martins; Carvalho, 2012), isto é, trata-se de garantia que encerra juntamente com um conjunto coordenado de outras garantias concorrentes, com interpenetração recíproca a proteção do indivíduo por meio do processo. Assim, constitui-se o sistema processual contido no sistema jurídico, por sua vez espécie do sistema constitucional, derivado do sistema político, numa relação de círculos concêntricos que dirige os princípios adotados na Constituição.

3.1. A nova interpretação constitucional e a efetividade da jurisdição penal do Estado e do Direito sob seus predadores: em busca de uma hermenêutica constitucionalmente adequada

Na perspectiva de desvelar os fundamentos dessa ponderação instrumentalizada pelo Ministro ao mudar seu voto, vale a contribuição que destaca Streck (2017, p. 144), explicando a hermenêutica filosófica, isto é, razão hermenêutica da influência do Ser e Tempo na construção de Gadamer: “[...] o discurso sempre é acompanhado e precedido por uma antecipação de sentido, que advém do mundo prático, de um desde-já-sempre, e que se funda no encontro hermenêutico”. Ou, dito de outra forma, que nova fenomenologia estava oculta na compreensão do relator, ou o que se denomina “fusão de horizonte” para compreensão da suposta dicotomia garantia constitucional e efetividade da jurisdição penal, na mente do relator em 2016, quando um ano antes ele fundamentou a concessão da liminar no HC 126.292/SP?

Não se pretende investigar aqui o contexto político ou os fenômenos que interferiram ou deram “razão hermenêutica” na reinterpretção do Ministro da garantia fundamental da não culpabilidade, não obstante haver fontes para esse outro objeto de investigação, mas com razão elucida Streck (2018, p. 323): “[...] à instituição de uma política judiciária que deverá orientar a atuação dos tribunais nos casos futuros, incluindo os processos da Operação Lava Jato”.

Esse desafio somente é possível com a construção de uma teoria da decisão judicial (Streck, 2013, p. 322), a partir de cinco princípios fundamentais para adoção de uma hermenêutica adequada ao projeto constitucional brasileiro e estrita exceção do juiz deixar de aplicar a lei. Nessa linha, impõe preservar a autonomia do Direito; o controle hermenêutico da interpretação constitucional; o efetivo respeito à integridade e à coerência do

sistema jurídico; e o dever fundamental de justificar as decisões (Streck, 2013, p. 343). De modo que a resposta constitucionalmente adequada, a consagrar o conteúdo e o alcance no caso em tela, seria de fato sufragar a reprimenda que o HC 126.292/SP promoveu na ordem jurídico-constitucional democrática, o que somente foi possível com a luta política e jurídica das ADCs 43 e 44.

3.2 Os ranços da jurisdição inquisitorial, a matriz e a práxis do processo penal: o CPP/1941 e o Pacote Anticrime no advento de mais punitivismo e o presente julgamento do RE 1.235.340/SC

Para um país que tem tradição autoritária, cujo advento da Constituição da República então em recente superação a uma das ditaduras mais violentas de sua história, relativizar garantias constitucionais, reprimindo retrocesso de uma jurisprudência tradicional, é risco do qual a sociedade e as instituições não devem correr (Streck, 2018).

Antes disso, se ainda persiste um instrumento legal com matrizes mais autoritárias no Direito Brasileiro, é o CPP, apesar de todos os esforços envidados pelo Parlamento, mas, sobretudo, pela doutrina, para desconfigurar a influência do Código Rocco italiano de 1930.

Todavia, mais uma vez, o quadrante histórico dessa jovem democracia traz desafios a se pensar a mais uma reforma do sistema jurídico-penal, a partir de uma plataforma política conservadora de segurança pública e sistema penal, que obstantemente com o trâmite no Congresso Nacional, recebeu as maiores inovações positivas no Processo Penal, a exemplo do juiz das garantias, que constava no Projeto de Lei 156/2009, constituindo, por fim, no diploma de matizes contraditórias de política criminal (Lima, 2020).

Trata-se da estabilidade do sistema processual penal e notadamente de evitar a explosão carcerária de presos processuais – colocadas em xeque, *data maxima venia*, por sedução “ao canto da sereia do punitivismo”.

Tal decisão feriu toda principiologia do sistema processual e penal, inclusive, conquanto todo a crime cuja pena privativa de liberdade aplicada seja superior a 15 anos cabe recurso com a impossibilidade de execução antecipada da pena, salvo se for decisão do júri.

O histórico político e constitucional da garantia da presunção de inocência ao longo do que foi dissertado e finalmente consagrado no julgamento das ADCs 43, 44 e 54 no restabelecimento da mínima estabilidade jurídico-criminal do sistema já demonstra o instituto natimorto da execução imediata e automática na hipótese da alteração prevista do art. 492, I, ‘e’, do CPP na Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, por uma frontal e absoluta inconstitucionalidade (Pacelli; Fischer, 2020; Felix; Camargo, 2020; Lima, 2020) considerando até mesmo a decisão no HC 126.292/SP e todas demais decisões que relativizavam a concepção da presunção de inocência, quando admitia a execução antecipada da pena quando do julgamento pela 2ª instância.

4. Conclusão

Não obstante essa constatação objetiva da incompatibilidade do novel dispositivo com o regime revigorado da garantia de

presunção de inocência, a perspectiva é que enfrentamos tempos obscuros, a onda do retrocesso civilizatório impõe a sociedade e instituições públicas e privadas permanente vigília, conquanto sempre viva a advertência da relação intrínseca de Direito e Poder: “Todo Direito é socialmente construído, historicamente formulado, atende ao contingente e conjuntural do tempo e do espaço em que o poder político atua e a correlação de forças efetivamente contrapostas na sociedade em que ele, poder, se institucionalizou” (Passos, 2000, p. 52).

É lição histórica de que o Direito se manifesta no processo de sua produção e a partir de instituições e homens que as protagonizam nos limites e controles possíveis das correlações de forças políticas, institucionais e ideológicas. De modo que, não sendo a história linear, permanece a luta constante pelo avanço do progresso civilizatório e a resistência vigilante e permanente contra o regresso. Assim foi a construção e o

desenvolvimento do Estado e do Direito, da Modernidade aos nossos dias.

Muito se avançou com as reformas processuais do CPP, e fuge do objeto deste trabalho uma avaliação sobre elas, mas remanesce na estrutura do CPP a gestão da prova e os poderes instrutórios do juiz (Lopes Júnior, 2006), que compromete o sistema acusatório constitucional, e a livre apreciação das provas (Rosa, 2006) e o livre convencimento motivado como elementos fundantes do imaginário que viabiliza a discricionariedade e a arbitrariedade nas decisões penais (Streck, 2017).

De modo que a presunção de inocência como garantia fundamental deve ser resguardada como conquista insufragável da Constituição de 1988, consolidando o filtro e a resistência ao Estado Penal de uma razão cínica, pulsante de um país de tradição autoritária.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: os autores confirmam que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua

totalidade. **Declaração de originalidade:** os autores garantiram que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; eles também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil):

LIMA, M. M. B.; FREIRE JUNIOR, R. J. C.; CUNHA, C. A. C. Presunção de inocência no Brasil entre o Direito e a política: à guisa de uma interpretação. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 32, n. 375, p. 5-8, 2024. DOI: 10.5281/

zenodo.10515759. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/885. Acesso em: 19 jan. 2024.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 set. 2023.

BRASIL. *Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República: 7 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 7 set. 2023.

BRASIL. *Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. Altera dispositivos do Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República: 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12403.htm. Acesso em: 7 set. 2023.

BRASIL. *Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 7 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 126.292-SP. Rel. Min. Teori Zavascki, julgado: 17 fev. 2016. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/pagina_dorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246. Acesso em: 8 set. 2023.

CUNHA MARTINS, Rui. O mapeamento processual da “verdade”. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; CUNHA MARTINS, Rui; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *Decisão judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. Madri: Marcial Pons, 2012. p. 79-80.

FELIX, Yuri; CAMARGO, Rodrigo Oliveira de. *Pacote Anticrime: reformas processuais*. Florianópolis: Emais, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2014.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Tirant lo Blanch, 2018.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos do processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2020.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, Poder, Justiça e Processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; CUNHA MARTINS, Rui; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Decisão judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. Madri: Marcial Pons, 2012.

ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: RT, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto? Decido conforme minha consciência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

Autores convidados

A DEFENSORIA PÚBLICA ENQUANTO *CUSTOS VULNERABILIS* E A SÚMULA 71 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ

THE PUBLIC DEFENSE OFFICE AS *CUSTOS VULNERABILIS* AND STATEMENT 71 OF THE SUMMARY OF THE CEARÁ COURT OF JUSTICE

Jorge Bheron Rocha

Doutor em Direito Constitucional pela Unifor. Mestre pela Universidade de Coimbra, Portugal. Estágio de pesquisa na Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha. Especialização em Processo Civil pela Escola Superior do Ministério Público do Ceará. Defensor Público do Estado do Ceará. Professor da Graduação e Especialização da Unichristus. Membro e ex-Presidente do Conselho Penitenciário do Estado do Ceará.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5464447160393013>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6673-7174>
bheronrocha@gmail.com

Maurilio Casas Maia

Doutor em Direito Constitucional pela Unifor e Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB. Professor na UFAM e Defensor Público na Defensoria Pública do Amazonas. Líder do Grupo de Pesquisa "Direito da Proteção dos Vulneráveis e Sistema de Justiça".
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2943453195405530>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8945-0101>
mauriliomaia@gmail.com

Nestor Eduardo Araruna Santiago

Doutor, Mestre, Especialista e Graduado em Direito pela UFMG, com estágio Pós-doutoral na Universidade do Minho. Professor Titular da Universidade de Fortaleza. Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará. Advogado.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4516474580462451>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2479-7937>
nestor@nestorsantiago.com.br

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.10514889>

Resumo: O presente texto tem por objetivo expor a evolução jurisprudencial do tema *custos vulnerabilis* penal no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE), utilizando o método dedutivo, a partir da coleta de dados jurisprudenciais, servindo-se de pesquisa bibliográfico-documental. Conclui-se que houve crescente escalada jurisprudencial no TJCE, que culminou com a edição do enunciado 71 da Súmula cearense que reconhece a legitimidade interventiva da Defensoria Pública enquanto *custos vulnerabilis*.

Palavras-chave: Jurisprudência; Intervenção de Terceiro; Defesa Pública.

Abstract: The present text aims to expose the jurisprudential evolution of the topic *custos vulnerabilis* in Criminal Proceedings in the Ceará State Court of Appeals (TJCE), using the deductive method based on the collection of jurisprudential data and relying on bibliographical-documentary research. It is concluded that there has been a growing jurisprudential tendency in the TJCE, which culminated in the edition of enunciado 71 of the Ceará Summary, which recognizes the interventionist legitimacy of the Public Defender's Office as *custos vulnerabilis*.

Keywords: Jurisprudence; Third Party Intervention; Public Defense.

1. Introdução

A atuação interventiva da Defensoria Pública enquanto *custos vulnerabilis* vem crescendo na jurisprudência brasileira (Barros, 2021), sendo aceita recentemente na Jurisdição Constitucional perante o Supremo Tribunal Federal (ADPF 709, Brasil, 2023). Com a Constituição Federal de 1988, a Defensoria Pública se tornou o modelo federalizado (Rocha, 2022) e nacionalizado (Maia, 2015) de assistência jurídica integral e gratuita, permanente e essencial para a promoção da justiça e da defesa dos direitos humanos, especialmente daqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade.

Recentemente, o Tribunal de Justiça do Ceará (TJCE) tomou uma decisão relevante ao aprovar o enunciado 71 de sua Súmula, reconhecendo a legitimidade da Defensoria Pública para atuar como *custos vulnerabilis* em favor de pessoas encarceradas e em situação de *vulnerabilidade processual*. Neste artigo, explorar-se-á a importância de tal verbete, a partir dos precedentes cearenses que guiaram à edição do referido enunciado, sem, contudo, esgotar a temática. O tema é de grande relevância ao Direito Processual Penal, porquanto conectado ao axioma garantista e direitos fundamentais conectados ao devido processo legal e ao direito

à defesa, os quais são reforçados com a atuação interventiva da Defensoria Pública enquanto *custos vulnerabilis*. Assim, o objetivo do presente estudo será expor os caminhos da edição do novo verbete de Súmula cearense, para averiguar a naturalidade (ou não) da culminância em súmula do tema. Para tanto, será utilizado o método indutivo com recurso à pesquisa bibliográfico-documental, permitindo averiguar o crescimento do tema no cenário delimitado e, assim, contribuindo com a análise científica da questão.

2. Defensoria como *custos vulnerabilis*

Dentre os dez axiomas do Garantismo Penal, Luigi Ferrajoli (2014, p. 91) aponta “*nulla probatio sine defensione*” (axioma 10), expresso também pelo princípio do contraditório ou da defesa. Nessa senda, a atuação interventiva constitucional da Defensoria Pública (*custos vulnerabilis*) por direito do central vulnerável processual penal – o(a) acusado(a) –, é instrumento de garantia em prol do devido processo legal penal e seus corolários.

Inicialmente, a atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* tem como principal objetivo amplificar a proteção dos direitos fundamentais das pessoas em situação de vulnerabilidade, inclusive de múltiplas formas de vulnerabilidades (Maia, 2014a). Isso ocorre porque essa intervenção institucional, na seara penal, busca reduzir a vulnerabilidade processual (Tartuce, 2012) daqueles atingidos pelo poder punitivo estatal – sendo inspirada (Maia, 2014b) nos estudos *garantistas* (Santiago; Diógenes, 2021; Santiago; Maia, 2019, 2023) de Luigi Ferrajoli (2014). A falta de recursos – econômicos, geográficos, processuais etc. – é compensada pela atuação do Estado Defensor, garantindo igualdade material e *par conditio*, potencializando o exercício dos direitos fundamentais e amplificando a voz dos indivíduos e grupos historicamente excluídos.

Ao atuar como *custos vulnerabilis* (Gonçalves Filho; Rocha; Maia, 2020), a Defensoria Pública defende interesses institucionais primários e finalísticos (Almeida Filho; Maia, 2015), ou seja, busca a realização de suas finalidades institucionais: a promoção dos direitos humanos e o acesso à justiça e à ordem jurídica (e social) justa para pessoas e coletividades em situação de vulnerabilidade. Desse modo, a atuação interventiva decorre do próprio texto constitucional (art. 134) e de diversas regras atinentes à Defensoria Pública (v.g., Brasil, 1984, LEP, art. 81-A, 1994, art. 4º, XI, 2015, CPC, art. 554, § 1º; etc.). Portanto, a instituição não se limita à representação individual, mas atua nas *diversas posições processuais* (Maia, 2016) possíveis de forma a conferir uma proteção efetiva dos direitos desses grupos e indivíduos vulnerabilizados.

Não custa lembrar que a legitimidade da Defensoria Pública para atuar como guardião dos vulneráveis na seara penal foi expressamente reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça – na PET no HC 568.693, rel. min. Sebastião Reis Júnior (Brasil, 2020) –, como estratégia essencial para equilibrar o sistema de justiça e garantir que todos tenham acesso à ampla defesa e ao contraditório.

Entre os Tribunais estaduais, a intervenção *custos vulnerabilis* tem crescido paulatinamente. Somente a título exemplificativo, no Amazonas, estado no qual surgiu (Maia, 2014a) a proposta interventiva sob análise, a intervenção *custos vulnerabilis* também encontrou acolhimento na esfera processual penal. Nesse estado, há casos de intervenção *custos vulnerabilis* expressa ou tacitamente admitidas pelo Tribunal de Justiça amazonense (TJAM) para: (1) pugnar pela intimação do advogado constituído como decorrência do devido processo legal (Apelação Criminal 0010769-94.2014.8.04.0000); (2) abrandar a vulnerabilidade processual do investigado em processos sigilosos (Maia, 2017); (3) intervir em revisões criminais (Revisão Criminal 4002158-79.2017.8.04.0000); (4) intervir em apelação criminal com a finalidade de extensão (Petição Criminal 0001263-89.2017.8.04.0000) efeitos benéficos a corréu com advogado. Com efeito, foi no TJCE que a intervenção *custos vulnerabilis* conquistou força jurisprudencial a ponto de se tornar entendimento sumulado – é do que tratará o tópico seguinte.

2.1. Desenvolvimento no TJCE e a Súmula 71

No âmbito do estado do Ceará, em 2/6/2017, o TJCE, por meio do Desembargador Mário Parente Teófilo Neto (Ceará, 2017, p. 93), tomou uma decisão pioneira ao autorizar a oitiva oral da Defensoria Pública como órgão interveniente, em sessão de

juízo de *habeas corpus*. Essa decisão permitiu que a Defensoria Pública ampliasse a defesa em favor de um réu preso, mesmo quando o *habeas corpus* foi impetrado por um advogado particular. Essa autorização para sustentação oral da Defensoria Pública nos tribunais como órgão interveniente constituiu-se – como se constitui – uma medida importante para fortalecer o contraditório e a ampla defesa dos acusados no processo penal, especialmente daqueles que são estigmatizados e vulneráveis diante do poder punitivo estatal.

Também o TJCE reconheceu, por meio de decisão unânime da 1ª Câmara Criminal, em 31/7/2018, nos autos do HC 0622563-67.2018.8.06.0000, a admissão da “[...] intervenção da Defensoria Pública do Estado do Ceará na condição de ‘guardião dos vulneráveis’ [...]” (Ceará, 2018a) independentemente da presença de advogado particular constituído, mas sempre respeitada a atividade de representação do causídico constituído no processo. Reconheceu-se a manifestação da Defensoria Pública como um mecanismo para mitigar a vulnerabilidade processual daqueles atingidos pelo Poder Punitivo Estatal (Ceará, 2018a).

Entre julho de 2018 e dezembro de 2021, contabilizaram-se 92 acórdãos das três Câmaras Criminais do TJCE, todos em decisões unânimes e admitindo a intervenção dos membros da Defensoria Pública do Ceará na condição de *custos vulnerabilis*. Dentre tais inúmeros julgados, destacam-se também as decisões relatadas pela Desembargadora Marlúcia de Araújo Bezerra (HC 0629524-53.2020.8.06.0000), que, em um de seus votos, realizou pesquisa específica e apontou:

[...] tendo aprofundado os estudos sobre o tema, firmei, conforme a fundamentação ora desenvolvida o convencimento de que é preciso se reconhecer a legitimidade da Defensoria Pública para atuar como *custos vulnerabilis*, no intuito de robustecer nossos precedentes jurisprudenciais em favor dos hipossuficientes e dos direitos humanos, enquanto instituição comprometida com a promoção de uma justiça fundamentada na igualdade material, representada pela máxima de Aristóteles, segundo a qual “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade (Ceará 2020a).

Outra decisão importante fora relatada pelo Desembargador Mário Parente Teófilo Neto (HC 0629912-53.2020.8.06.0000), em 1/9/2020, admitindo

[...] a intervenção da Defensoria Pública no presente feito na condição de *custos vulnerabilis*, independentemente de haver ou não advogado particular constituído, por entender que essa manifestação defensorial é condizente com sua missão constitucional, sendo um mecanismo para tutelar os direitos humanos de vulneráveis sociais, conferindo assim máxima eficácia ao art. 134 da Constituição Federal, quando este preconiza ser esta instituição um instrumento da democracia (*amicus democratiae*) e guardião dos direitos humanos dos cidadãos [...] (Ceará 2020b).

Tal como aceito similarmente no TJAM (Agravo Interno Criminal 0003697-80.2019.8.04.0000) e no Tribunal de Justiça do Estado do Pará (Apelação Cível 0050552-62.2015.8.14.0006).

A estabilização e a pacificação desse entendimento no âmbito de todas as Câmaras Criminais e por praticamente todos os desembargadores e desembargadoras componentes demonstram o reconhecimento da relevância da Defensoria Pública na proteção dos direitos fundamentais e fundamentaram o encaminhamento de ofício com sugestão à Seção de Direito Criminal do TJCE pelo Núcleo de Assistência ao Preso Provisório da Defensoria Pública do Ceará para a formalização de proposta de Súmula com base nos art. 18, III e art. 292, III, do Regimento Interno daquele Tribunal de Justiça, tendo em vista configurar “regra adotada reiteradamente pela jurisprudência dos órgãos julgadores” (Ceará, 2018b, p. 161). Atualmente, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará conta com mais de 300 acórdãos reconhecendo expressamente a atuação *custos vulnerabilis* da Defensoria Pública.

O retrocitado documento foi encaminhado ao Desembargador Francisco Lincoln Araújo de Silva, então Presidente da Seção Criminal, por meio do Ofício 12/2022, com a sugestão de proposta de súmula, a qual também foi corroborada pela Desembargadora Marlúcia de Araújo Bezerra, sendo aprovada na Sessão Criminal 2, de 28/2/2022, e enviada à Comissão de Regimento, Legislação e Jurisprudência. Em parecer da Comissão homologado a unanimidade em 29/7/2022, houve o entendimento de que o enunciado sumular “atende, em seu

cerne, aos requisitos regimentais para a sua aprovação, pois espelha entendimento atual e reiterado dos órgãos fracionários desta Corte sobre a temática” (Ceará, 2022, p. 19). Pautada para decisão em 17/8/2023, o Órgão Especial do TJCE aprovou a Súmula Criminal 71, estabelecendo que: “A Defensoria Pública possui legitimidade para atuar como *custos vulnerabilis* em favor de pessoas encarceradas e em situação de vulnerabilidade processual” (Súmula [...], 2023).

3. Conclusão

A condição de vulnerabilidade dos encarcerados deve deflagrar a legitimidade institucional interventiva da Defensoria Pública, sendo ideia defendida pela doutrina, cujo objetivo é garantir maior equilíbrio processual na execução penal e no Direito Processual Penal, reforçando o contraditório até mesmo na formação pró-vulneráveis de precedentes.

A aprovação do enunciado sumular 71 pelo TJCE marca uma mudança paradigmática na compreensão e na aplicação do direito dos vulneráveis no Ceará. Com a consolidação do papel institucional e interventivo da Defensoria Pública como guardiã dos vulneráveis, reforça-se o princípio da igualdade processual e confirma-se o compromisso do Poder Judiciário cearense com a promoção do acesso à justiça e dos direitos humanos. Além de uma consolidação de interpretação jurisprudencial, o enunciado

71 da Súmula do TJCE é marco que auxiliará magistrados na interpretação de casos semelhantes, permitindo a uniformização de entendimento em decisões relacionadas à atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis*.

O verbete de súmula busca assegurar à Defensoria Pública o cumprimento de sua missão institucional com eficácia e eficiência, enquanto passo importante na construção de uma sociedade mais justa e inclusiva, onde a igualdade perante a lei seja uma realidade para todos, de forma comprometida com os valores constitucionais.

Com efeito, o verbete permitirá à Defensoria Pública um atuar mais eficaz e estratégico na defesa dos direitos individuais e coletivos das pessoas em situação de vulnerabilidade, especialmente daquelas que se encontram sob encarceramento, reconhecendo a possibilidade de prática de todos os atos processuais necessários, apresentando documentos, estudos, manifestações e interpondo recursos em igualdade de condições com o Ministério Público, independentemente – mas em atuar harmônico – da representação por advogado particular constituído no processo. Nesse caso, a Defensoria Pública atuará enquanto órgão de Estado corresponsável pela promoção dos direitos humanos (Brasil, 1988, art. 134), com função garantista em prol dos direitos dos imputados enquanto vulneráveis processuais penais.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: os autores confirmam que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua

totalidade. **Declaração de originalidade:** os autores garantiram que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; eles também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil):

MAIA, M. C.; ROCHA, J. B.; SANTIAGO, N. E. A. A Defensoria Pública enquanto *custos vulnerabilis* e a Súmula 71 do Tribunal de Justiça do Ceará. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 32, n. 375, p. 9-11. DOI: 10.5281/zenodo.10514889.

Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/801. Acesso em: 15 jan. 2024.

Referências

ALMEIDA FILHO, Carlos Alberto Souza. MAIA, Maurílio Casas. O Estado-defensor e sua legitimidade para os pedidos de Suspensão de Liminar, Segurança e Tutela Antecipada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 239, p. 247-262, jan. 2015. Disponível em: <https://bd.tjdf.tj.br/jspui/handle/tjdf/38739>. Acesso em: 27 dez. 2023.

BARROS, Gabriela Wanderley da Nóbrega Farias de. Análise jurisprudencial quantitativo-qualitativo da Intervenção “*Custos Vulnerabilis*” da Defensoria Pública no Direito Processual Penal. In: Maia, Maurílio Casas. (Org.). *(Re)pensando custos vulnerabilis e Defensoria Pública*: por uma defesa emancipatória dos vulneráveis. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 477-506.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 dez. 2023.

BRASIL. *Lei complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994*. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm. Acesso em: 27 dez. 2023.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 27 dez. 2023.

BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 27 dez. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus nº 568.693 - ES (2020/0074523-0)*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta/p/SiteAssets/documentos/noticias/14102020%20HC-568.693.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 709*, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado: 16 out. 2023. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStf/anexo/ADPF709novembro2023.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2023.

CEARÁ, Tribunal de Justiça. Processo 8505159-14.2022.8.06.0000. *Parecer da Comissão de Regimento, Legislação e Jurisprudência*. Fortaleza: TJCE, 2022.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 0620464-61.2017.8.06.0000. Rel. Des. 2017.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 0622563-67.2018.8.06.0000. Rel. Des. Francisco Carneiro Lima, 25 jul. 2018a. Disponível em: <https://esaj.tjce.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3179857&cdForo=0>. Acesso em: 15 jan. 2024.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 0629524-53.2020.8.06.0000. Rel. Des. Marlúcia de Araújo Bezerra, 1 set. 2020a. Disponível em: <https://esaj.tjce.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3322076&cdForo=0>. Acesso em: 15 jan. 2024.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 0629912-53.2020.8.06.0000. Rel. Des. Mário Parente Teófilo Neto, 8 set. 2020b. Disponível em: <https://esaj.tjce.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3323237&cdForo=0>. Acesso em: 15 jan. 2024.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. *Regimento interno do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará*. Fortaleza: TJCE, 2018b. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2015/07/Regimento-Interno-TJCE-2018-28Miolo29-Final.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2024.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: RT, 2014.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. ROCHA, Jorge Bheron. MAIA, Maurílio Casas. *Custos vulnerabilis*: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis. Belo Horizonte: CEI, 2020.

MAIA, Maurílio Casas. A intervenção de terceiro da Defensoria Pública nas ações possessórias multitudinárias do NCPC: colisão de interesses (Art. 4º-A, V, LC 80/1994) e posições processuais dinâmicas. In: DIDIER JR., Fredie. MACÉDO, Lucas Buriel de. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre (Org.). *Coleção Novo CPC*: Doutrina Seleccionada. V. 1. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.253-1.292.

MAIA, Maurílio Casas. *Custos vulnerabilis* constitucional: o Estado Defensor entre o REsp nº 1.192.577-RS e a PEC nº 4/14. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, n. 417, p. 55-57, jun. 2014a.

MAIA, Maurílio Casas. Luigi Ferrajoli e o Estado Defensor enquanto magistratura postulante e Custos Vulnerabilis. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 425, p. 56-58, out. 2014b.

MAIA, Maurílio Casas. Processos penais sigilosos e *custos vulnerabilis*: Defensoria interveniente deve atuar em processos sigilosos (investigações etc.). *Empório do Direito*, 15 jul. 2017. Disponível em: <https://emporioddireito.com.br/leitura/processos-penais-sigilosos-e-custos-vulnerabilis-defensoria-interveniente-deve-atuar-em-processos-sigilosos-investigacoes-etc>. Acesso em: 19 out. 2023.

MAIA, Maurílio Casas. Simetria constitucional entre carreiras jurídico-processuais nacionalizadas e interiorizadas: os debates sobre equiparação entre Judicatura, Ministério Público e Defensoria Pública. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 435, p. 60-63, mar. 2015.

ROCHA, Jorge Bheron. *Amicus demotratiae*: Acesso à justiça e Defensoria Pública. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022.

Santiago, Nestor Eduardo Araruna; Diógenes, Fabiana. A atuação penal da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis*: uma manifestação do garantismo jurídico. *Revista Direito e Justiça*: Reflexões Sociojurídicas, Santo Ângelo, v. 21, n. 40, p. 27-42, maio-ago. 2021. <https://doi.org/10.31512/rdj.v21i40.355>

Santiago, Nestor Eduardo Araruna; MAIA, Maurílio Casas. Garantismo penal e a Defensoria Pública enquanto *custos vulnerabilis*. In: AKERMAN, William. REIS, Rodrigo Casimiro. MAIA, Maurílio Casas. (Org.). *Debates contemporâneos da Justiça Penal*: estudos em homenagem ao ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília: Sobredireito, 2023, p. 79-126.

Santiago, Nestor Eduardo Araruna; MAIA, Maurílio Casas. O garantismo penal, o encarcerado vulnerável e a intervenção da Defensoria Pública na execução penal: *custos vulnerabilis*? *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 152, p. 173-209, fev. 2019.

SÚMULA aprovada pelo TJCE uniformiza entendimento sobre direitos de pessoas encarceradas e em situação de vulnerabilidade processual. *TJCE Notícias*, 17 ago. 2023. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/noticias/sumula-aprovada-pelo-tjce-uniformiza-entendimento-sobre-direitos-de-pessoas-encarceradas-e-em-situacao-de-vulnerabilidade-processual/>. Acesso em: 15 jan. 2024.

TARTUZE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no Processo Civil*. São Paulo: Método, 2012.

Recebido em: 25.10.2023 - Aprovado em: 06.12.2023 - Versão final: 09.01.2024

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A MEDIDA DE SEGURANÇA

SOME THOUGHTS ON THE SECURITY MEASURE

Maria Auxiliadora Minahim

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. Doutora em Direito Penal pela UFRJ e pela UFPR.

Presidente da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.

Link lattes: <http://lattes.cnpq.br/3711110042226464>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3076-2255>

minahim@terra.com.br

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.10535636>

Resumo: Uma análise da medida de segurança no Direito revela que, apesar da aparente coerência teórica da construção, há nela inúmeras contradições quando examinados os recursos de que se utiliza. Da mesma forma, ocorre com uma observação histórica da sanção que indica mais a necessidade de tornar invisível o doente mental e menos a de promover uma desejável cura/melhora dessas pessoas. O tema emerge ocasionalmente produzindo intensas reações, mas submerge nas dificuldades de um enfrentamento consequente.

Palavras-chave: Doença mental; Direito Penal; Isolamento e outras providências.

Abstract: An analysis of the security measure in law reveals that, despite the apparent theoretical coherence of the construction, there are numerous contradictions when the resources used are examined. The same happens with a historical observation of the sanction that indicates more the need to make the mentally ill invisible and less to promote a desirable cure/improvement of criminals with mental illnesses. The theme emerges occasionally, producing intense reactions, but submerges in the difficulties of a consistent confrontation.

Keywords: Mental disorder; Criminal law; Detention and other used resources.

1. Introdução

As dificuldades de concretização dos objetivos propostos pela medida de segurança integram desde seu conceito até seus fundamentos e forma de execução. Esse, como outros temas específicos do Direito Penal, goza de certa sazonalidade, ocupando espaços importantes nas pesquisas e nos debates públicos, motivando mesmo providências de natureza legislativa ou judicial sob forma de súmulas orientadoras de decisões. Assim ocorreu recentemente com o tema da medida de segurança que motivou Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), determinando o fechamento gradual dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. Embora suspensa pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que aprovou o Projeto de Decreto Legislativo 81/23, a Resolução 487 criou uma ambiência favorável a novas discussões sobre a possibilidade de coexistência entre a política asilar que vem sendo desenvolvida pelo Estado e as normas de proteção aos direitos humanos.

Mais uma vez, na história, tratou-se durante o ano de 2023, enfaticamente da matéria que, aparentemente, é insolúvel, qual

seja, a da fixação de projeto político de asseguramento dos direitos dos alienados autores de crime, e, ao mesmo tempo, de proteção às pessoas atingíveis por sua incapacidade de compreensão das realidades que as cercam.

2. Problemas conceituais e operacionais da medida de segurança

A introdução das medidas de segurança no sistema criminal pareceu ser uma solução coerente diante do Direito Penal, cujo fundamento consistia na preservação de bens valiosos pela aplicação da pena com vistas à punição do indivíduo que, podendo obedecer ao comando da norma, não o fazia. A reprovação sobre o infrator, ao tempo em que revelava a censura pública sobre seu ato, cumpriria também a função de prevenir outras ações da mesma natureza.

Nessa ordem de ideias, estariam excluídos do sistema jurídico retributivo aqueles que atuassem sem consciência e sem controle sobre seus atos, em razão de problemas mentais, impedindo que a ordem normativa pudesse manifestar sua

reprovação aos incapazes de culpa, sob forma de pena. Aqui têm início as incoerências do sistema, uma vez que sequer o conceito de transtorno mental é uniforme, já que sofre abordagens multidisciplinares. Esse fato leva autores a afirmarem que as desordens dessa natureza podem ser melhor descritas como comportamentos anormais, enunciado que tem uma base essencialmente normativa (Morse, 2013). Esse ponto de vista, apesar de sujeitar a ideia de perturbação mental à influência de diversas culturas, impediria, por outro lado, a redução das condutas desviadas a uma questão puramente médica. **Carl F. Crave** (2007, afirma, por exemplo, que pessoas portadoras de doenças mentais são identificadas por indícios comportamentais, que incluem uma análise das percepções, pensamentos, desejos, sentimentos, humores e ações. Ou seja, o diagnóstico envolve quantidades substanciais de julgamento subjetivo por parte de quem procede à avaliação.

Os problemas, já se vê, começam a se revelar a partir da base da construção jurídica, uma vez que a causação de comportamentos humanos complexos, tal como a desordem mental, requer uma abordagem multissetorial com vistas a evitar o reducionismo biológico ou qualquer outra forma inflexível e constante de explicação (Crave, 2007).

Nessa área de reconhecida dificuldade diagnóstica e terapêutica, imiscuiu-se o Direito Penal para concluir que tais pessoas, em face de sua incapacidade de compreensão e controle da vontade, devem ser submetidas a medidas de segurança com base em sua perigosidade da qual o crime é um sintoma. A decisão ressaltaria uma face cuidadosa e paternalista do Estado que privilegiaria a cura, em vez da pura repressão. Ocorre que os recursos terapêuticos usados já incluíram sangrias, chicotadas e imersão em água fria para impedir a superestimulação, o que na atualidade, conforme **Geigle et al.** (1997), tem mostrado importante resultados em pessoa com dificuldades cognitivas e portadoras de doença de Parkinson. Esses substituíram, por sua vez, providências cujo objetivo principal era o afastamento social do portador de transtorno mental. Alguns deles revelam grande preocupação com o extermínio da doença, ou do doente em seu lugar, a exemplo daqueles voltados para invisibilizar pacientes postos em navios sem destino e a morte nas fogueiras por representarem seres demoníacos.

Hoje, a recorrência ao asilo e o uso de drogas farmacêuticas cumprem a função de inibir comportamentos e a exposição pública dos enfermos que despertam uma sensação incômoda

de estranheza e, muitas vezes, de perigo. Numa versão mais atual, importam em eletroconvulsoterapia e no uso de drogas como cloridrato de clorpromazina, que pode causar efeitos secundários relevantes, a exemplo de síndrome neuroléptica maligna, delirium, hipotermia, hiperprolactinemia, discinesia tardia, alterações endócrinas (amenorreia, aumento de peso, disfunção sexual), sialorreia e hipotensão postural (Abreu; Bolognesi; Rocha, 2000).

Diferentemente da pena, a providência não comporta tempo máximo de execução, o que é coerente numa perspectiva médica, mas ilegal do ponto de vista jurídico, uma vez que a Constituição proíbe penas perpétuas (artigo 5º, inciso XLVII). De outro lado, não se pode assegurar, nos prazos estabelecidos pelas decisões dos tribunais superiores (diversos acórdãos do Supremo Tribunal Federal e Súmula 527 do Superior Tribunal de Justiça), que um enfermo mental seja curado. Findos os limites estabelecidos, ainda que não esteja saudável, deve ser desinstitucionalizado. No entanto as rupturas com o meio social, a família e os hábitos culturais vão impedir uma inserção confortável na comunidade, o que é reforçado pela dependência institucional.

3. Considerações finais

A prática tem se destacado pela contrariedade aos objetivos idealizados, dificultando, apenas, que os portadores de transtornos mentais sejam vitimizados nas ruas ou que violem a segurança de pessoas.

A relação entre a doença mental e a providência penal que lhe cabe peca por muitas razões quando pretende conciliar, sem os esforços necessários, inclusive financeiros, Direito Penal e doença mental.

Apesar de todas as razões, uma vez silenciado o grito do CNJ, que propunha uma política antimanicomial, possivelmente inviável por seus custos, seguem-se a resignação e o silêncio público. Não param, todavia, as construções teóricas que pretendem preencher o vazio e confortar as consciências violentadas.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: a autora confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo.

Declaração de autoria: todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua totalidade.

Declaração de originalidade: a autora garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ela também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil):

MINAHIM, M. A. Algumas reflexões sobre a medida de segurança. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 32, n. 375, p. 12-13, 2024. DOI: 10.5281/zenodo.

10535636. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/956. Acesso em: 19 jan. 2024.

Referências

ABREU, Paulo Belmonte de; BOLOGNESI, Gustavo; ROCHA, Neusa. Prevenção e tratamento de efeitos adversos de antipsicóticos. *Brazilian Journal of Psychiatry*, São Paulo, v. 22, n. supl. 1, p. 41-44, 2000. <https://doi.org/10.1590/S1516-4446200000500014>
CRAVER, Carl F. *Explaining the brain: mechanisms and the mosaic unity of neuroscience*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
GEIGLE, P. R.; CHEEK, W. L.; GOULD, M. L.; HUNT, H. C.; SHAFIQ, B. Aquatic

physical therapy for balance: The interaction of somatosensory and hydrodynamic principles. *Journal of Aquatic Physical Therapy*, v. 5, n. 1, p. 4-10, 1997.

MORSE, Stephen J. Mental disorder and criminal law. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 101, n. 3, article 6, 2011. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol101/iss3/6/>. Acesso em: 23 jan. 2024.

COLABORAÇÃO PREMIADA E OS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA

PLEA BARGAINING AND INTENTIONAL CRIMES AGAINST LIFE

Luiz Antonio Borri

Doutorando em Ciências Criminais pela PUC-RS. Mestre em Ciências Jurídicas pela Unicesumar. Advogado.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1414046440611495>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7649-1270>
luiz@advocaciabittar.adv.br

Rafael Junior Soares

Doutorando em Direito pela PUC-PR. Mestre em Direito Penal pela PUC-SP. Professor de Processo Penal pela PUC-PR. Advogado.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7645805665092232>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0035-0217>
rafael@advocaciabittar.adv.br

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.10498641>

Resumo: O presente trabalho examina a difícil conexão entre colaboração premiada e os crimes dolosos contra a vida, tendo em vista as peculiaridades do procedimento especial que envolve tanto o juiz togado quanto juízes leigos. Tal estrutura resulta em dificuldades procedimentais quanto a competência da homologação, prêmios cabíveis, verificação da eficácia, entre outros. Nesse sentido, busca-se responder à problemática se a colaboração premiada é aplicável aos crimes dolosos contra a vida e, em caso positivo, quais seus limites legais. Adotou-se o método dedutivo, bem como a pesquisa bibliográfica e documental, a fim de se demonstrar que os acordos penais resultam em adaptações dos ritos processuais, a fim de permitir o uso do meio de obtenção de provas e, ao mesmo tempo, preservar garantias constitucionais dos acusados.

Palavras-chave: Acordos penais; Tribunal do Júri; Procedimento.

Abstract: The present work examines the difficult connection between plea bargaining and intentional crimes against life, taking into account the peculiarities of the special procedure that involves both the judge and lay judges. This structure results in procedural difficulties regarding the competence of approval, applicable awards, verification of effectiveness, among others. In this sense, we seek to answer the question of whether plea bargaining is applicable to intentional crimes against life and, if so, what are its legal limits. The deductive method was adopted, as well as bibliographic and documentary research, in order to demonstrate that plea bargaining result in adaptations of procedural rites, in order to allow the use of the means of obtaining evidence and, at the same time, preserve constitutional guarantees of the accused.

Keywords: Penal agreements; Jury Court; Procedure.

Nos últimos anos, os acordos penais ganharam mais espaço a partir de modificações legais. Esse novo cenário produziu grande debate na prática forense e na seara acadêmica. No entanto, ainda que se tenha evoluído muito, um ponto específico e relevante do processo penal ficou em segundo plano: o emprego da colaboração premiada nos crimes dolosos contra a vida.

A discussão é relevante porque, apesar da colaboração premiada ter sido regulamentada por meio da Lei 12.850/2013, encontrava previsão em dispositivos de natureza material, especificamente em legislações relativas aos crimes dolosos contra a vida (Moraes, 2001; p. ex.: art. 13, Leis 9.807/99 e

8.072/90). Além disso, reconheceu-se que a colaboração premiada pode ser empregada ainda que não envolva o crime de organização criminosa¹ com a ressalva de que exista, no caso concreto, concurso de agentes.

Ademais, recentemente houve o emprego de colaboração premiada em caso rumoroso no país que envolveu o crime de homicídio, causando celeumas a respeito da possibilidade de emprego do instituto e seus desdobramentos (Marielle [...], 2023). Nesse cenário, apresenta-se como problema de pesquisa se a colaboração premiada é aplicável aos crimes dolosos contra a vida e, em caso positivo, quais seus limites legais. Inicialmente, é preciso registrar que o Tribunal do Júri encontra

previsão específica como direito fundamental no texto constitucional, existindo menção expressa às seguintes garantias: (i) competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida; (ii) sigilo das votações; (iii) soberania dos veredictos; (iv) plenitude de defesa (Brasil, 1988, art. 5º, XXXVIII). Ou seja, há escolha do constituinte de que crimes que atentam contra a vida merecem julgamento distinto das demais infrações penais, julgadas pelos juízes togados, permitindo ao cidadão avaliar a causa a partir de visões jurídicas e extrajurídicas.

A questão é relevante porque a Lei 12.850/2013 estabeleceu diversos prêmios para a colaboração premiada, como a imunidade processual, causa de diminuição de pena privativa de liberdade em até dois terços, perdão judicial, substituição por pena restritiva de direitos (art. 4º, *caput*), além de redução até a metade da pena ou admissão de progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos, esta última hipótese vinculada à colaboração premiada posterior à sentença (art. 4º, § 5º).

Nesse sentido, **Felipe da Costa De-Lorenzi** (2020), a partir da discussão acerca dos acordos sobre a sentença,² reconhece a existência de crimes que seriam inegociáveis. Nada obstante, para ele, a situação da colaboração premiada é distinta, pois, embora possa contrariar a lógica de limites negociais com base no desvalor do crime, a colaboração permite negociações envolvendo a redução de até dois terços da pena ou mesmo sua isenção em crimes de maior gravidade. Aqui, reside um ponto de diferença da delação e outros institutos negociais, já que ela “não apenas busca facilitar e acelerar o processo, mas também auxiliar na investigação e na evitação de outras infrações penais” (De-Lorenzi, 2020, p. 281).

É preciso registrar que o procedimento dos crimes dolosos contra a vida é bifásico, isto é, o juízo da acusação, destinado a verificar a viabilidade de julgamento pelo Tribunal do Júri, e o juízo da causa, cuja competência será dos jurados sorteados a participarem do Conselho de Sentença. Tal fato é relevante na medida em que, ao se observar os prêmios fixados na lei, haverá certa controvérsia quanto ao cabimento por força da garantia do juiz natural.

A partir da legislação vigente, não haveria qualquer óbice quanto à incidência da colaboração premiada em crimes dolosos contra a vida. Tal premissa é assegurada tanto pela perspectiva de direito material, quanto pela orientação jurisprudencial acerca do aspecto processual da colaboração premiada, desde que exista naturalmente concurso de pessoas. Da mesma forma, a competência para a homologação da colaboração premiada, visando ao exame da legalidade, regularidade, voluntariedade e adequação (art. 4º, § 7º), no procedimento escalonado, será do juiz togado, independentemente da fase em que esteja o processo penal.³

Todavia a aplicação e a extensão dos prêmios parecem ser medidas mais complexas a serem dirimidas. Nos crimes apreciados pelos juízes togados inexistente qualquer problema a respeito da competência para concessão dos prêmios legais, pois todo o processamento da infração penal se dá pelo juiz natural. No entanto nos crimes dolosos contra a vida, como ressaltado, há duas etapas no rito fixado pela legislação processual penal. Mesmo assim, a primeira fase do procedimento destina-se a verificar se é caso ou não de submissão do acusado a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Nesse sentido, considerando a soberania dos veredictos, há problemas acerca da competência, pelo juiz togado, quanto à concessão dos prêmios.

No juízo da acusação, a hipótese de colaboração premiada mais ampla seria a imunidade processual ou o perdão judicial. No entanto, nessa situação específica, é no mínimo questionável a possibilidade de o acordo penal entre as partes subtrair o julgamento pelo Tribunal do Júri, visto que se identificam problemas relativos ao juiz natural. Ou seja, considerando que o juiz competente é o Conselho de Sentença, por se tratar de crime doloso contra a vida, não se admite a concessão de imunidade processual ou do perdão judicial como forma de subtrair a competência do Tribunal do Júri.⁴

É certo que a atuação do Conselho de Sentença pressupõe a existência de indícios suficientes de autoria e prova da materialidade delitiva (Brasil, 1941, art. 413, CPP), o ponto que se coloca é que, presentes tais requisitos, não é possível suprimir a competência constitucional do júri para conceder prêmios que retirem da sociedade o escrutínio sobre o julgamento do cidadão. É importante compreender, ainda, que não se trata de manejar uma garantia⁵ constitucional (art. 5º, XXXVIII, d, CF) para limitar a liberdade do indivíduo, mas, sim, reconhecer que os órgãos de persecução penal se submetem ao princípio da legalidade.

O cerne da controvérsia decorre do fato de que a Lei 12.850/2013 prevê o prêmio de imunidade ou do perdão judicial. Por outro lado, a homologação do acordo e a verificação dos requisitos de existência, validade e eficácia da delação é feita por um magistrado togado. Mesmo observando a competência do juiz de garantias para homologação da colaboração na fase de investigação (art. 3º-B, XVIII, CPP), denota-se que a competência persiste com um juiz togado. A situação é distinta na ambiência do júri, em que a aplicação do prêmio da imunidade ou do perdão judicial obsta a atuação do juiz natural da causa.

Tal linha de raciocínio se reforça a partir da interpretação que se tem de que o colaborador adere à tese acusatória, buscando a condenação do delatado pelo Ministério Público (Brasil, 2022a). Em outras palavras, o delator apresentará provas como forma de obter a pronúncia de terceiros, os quais serão julgados pelo Tribunal do Júri. Dessa forma, impõe-se que todos sejam encaminhados ao juízo da causa para que, somente ali, sejam aplicados os benefícios do acordo penal. Não há como se defender a impronúncia⁶ do acusado por força da colaboração premiada, tendo em vista que inexistente tal prêmio na legislação, vedando-se interpretações ampliativas e extralegais. Destaca-se, inclusive, que a Lei 13.964/2019 reforçou essa vedação, em razão dos inúmeros problemas de acordos fora dos parâmetros legais e com prêmios voluntariosos (Soares; Bittar; Borri, 2020, p. 24-25).

Por conseguinte, quando se trata do juízo da causa, o colaborador deverá ser julgado pelo Tribunal do Júri, colaborando ao longo da instrução processual como forma de se obter o correto julgamento da causa. Além disso, tratando-se de acordo bilateral, não haverá necessidade de quesitação acerca dos prêmios,⁷ tendo em vista que o acordo deverá ser aplicado após a condenação pelo Conselho de Sentença, na linha do que foi ajustado entre as partes.

Como se sabe, a colaboração premiada possui dois momentos de atuação do juiz, primeiro na homologação⁸ (art. 4º, §7º, Lei

12.850/2013) e, posteriormente, na análise da eficácia do acordo, ao sentenciar (art. 4º, §11, Lei 12.850/2013). A colaboração premiada possui natureza policrômica (Bittar; Borri; Soares, 2019, p. 19-21), mas uma de suas manifestações se dá enquanto meio de obtenção de prova; por essa perspectiva, é possível estabelecer que, independentemente do momento em que seja formalizada no rito do júri, a homologação incumbirá exclusivamente ao juiz togado.⁹

Mais tormentosa parece ser a questão inerente à eficácia da delação. A Lei prevê que, na concessão dos prêmios, uma das vetoriais examinadas é justamente a eficácia da delação (art. 4º, §1º, Lei 12.850/2013), fixando, igualmente, caber ao Magistrado, na sentença, aferir a eficácia do acordo (art. 4º, §11, Lei 12.850/2013). Fato é que, a avaliação da eficácia do acordo “tem por premissa que o acordo já existe e, particularmente, que já foi submetido à homologação judicial” (Suxberger; Caselato Junior, 2019, p. 234), compreendendo-se como eficácia “a verificação entre o que foi anunciado ou prometido, no momento da celebração do acordo, e o que realmente se obteve do colaborador no curso da persecução penal até o momento de sentenciá-lo” (Suxberger; Caselato Junior, 2019, p. 234).

A análise de eficácia envolve a delimitação de um conceito jurídico, que deve ser examinado pelo juiz togado, especialmente diante da redação do art. 482, do Código de Processo Penal, que atribui ao Conselho de Sentença o poder de decidir sobre matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido. De todo modo, a

distinção entre fatos e direito é bastante difícil (Badaró, 2019, p. 932), especialmente no contexto do Tribunal do Júri, onde, por vezes, os jurados examinarão se o crime foi doloso ou culposo. Mesmo assim, é necessário frisar que o terceiro quesito (o júri absolveu o réu) permanece como obrigatório, autorizando que os jurados absolvam o colaborador mesmo com a confissão produzida pelo acordo penal. Trata-se de exigência que deve ser respeitada como forma de observar a Constituição Federal e o Código de Processo Penal.

Diferentemente seria o caso de colaboração premiada unilateral, na qual a falta de ajuste com o Ministério Público pressupõe a quesitação aos jurados para que reconheça a existência da colaboração e os respectivos prêmios,¹⁰ seja porque a matéria foi aduzida pela defesa em plenário ou pelo próprio réu em seu interrogatório, tal como preconiza o art. 482, parágrafo único, da legislação processual penal.

Portanto, considerando as peculiaridades dos crimes dolosos contra a vida, conclui-se que não existe qualquer restrição para a incidência da colaboração premiada, por se tratar de legítimo expediente disponibilizado à defesa. No entanto existem limites quanto aos prêmios a serem disponibilizados ao delator, sob pena de violação ao juiz natural consistente no Conselho de Sentença, conforme previsão constitucional, incumbindo ao juiz togado a homologação do acordo, em qualquer fase que seja realizado, bem como o exame da sua eficácia.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: os autores confirmam que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua

totalidade. **Declaração de originalidade:** os autores garantiram que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; eles também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil):

BORRI, L. A.; JUNIOR SOARES, R. Colaboração premiada e os crimes dolosos contra a vida. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 32, n. 375, p. 14-17, 2024. DOI:

10.5281/zenodo.10498641. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/853. Acesso em: 12 jan. 2024.

Notas

- ¹ Considerada a conjuntura de que prerrogativas penais ou processuais como essas estão esparsas na legislação e foram instituídas também para beneficiar delatores; e que o Código de Processo Penal não regulamenta o procedimento de formalização dos acordos de delação premiada e Lei 12.850/2013 não prevê, de forma expressa, que os meios de prova ali previstos incidem tão somente nos delitos de organização criminosa; não há óbice a que as disposições de natureza majoritariamente processual previstas na referida Lei apliquem-se às demais situações de concurso de agentes (no que não for contrariada por disposições especiais, eventualmente existentes) (Brasil, 2022b).
- ² Tais acordos não se confundem as possibilidades atualmente existentes na legislação brasileiras, pois, segundo o autor (De-Lorenzi, 2020, p. 65), caracterizam-se por substituir ou reduzir a fase de instrução; conceder um benefício penal em troca de uma manifestação voluntária do réu, que serve de fundamento para a sentença; pelos efeitos de sentença condenatória ou equiparáveis; a possibilidade de aplicação de pena, incluindo a privativa de liberdade; a possibilidade de aplicação a crimes de média ou alta gravidade.
- ³ Nessa mesma linha, mas defendendo que, na fase investigativa, é indubitável que incumbe ao juiz togado a homologação, subsistindo celeuma quando a competência surgir na fase da *judicium causae* ou da *judicium acusationes* (cf. Gomes; Silva, 2015, p. 323-324). No mesmo sentido, Cléber Masson e Vinícius Marçal (2021, p. 259) salientam que “independentemente do momento em que ocorra a celebração do acordo

de colaboração premiada, a sua homologação ficará a cargo do juiz togado. Até porque não há apreciação de mérito nesse momento, apenas aferição sobre os aspectos formais do acordo (art. 4º, § 7º, I a IV)”. Igualmente cf. Costa, Araújo e Távora (2022, p. 501).

- ⁴ Em sentido oposto, afirmando que a competência constitucional do júri não impede o arquivamento do inquérito em relação ao colaborador pelo Ministério Público, com base no art. 4º, §4º, da Lei 12.850/2013, a depender da efetividade e da eficiência da delação prestada. No entanto inviabiliza a concessão do perdão judicial pelo juiz togado na primeira fase do rito do júri (Santos, 2020, p. 274-275). No mesmo sentido, admitindo que cabe exclusivamente ao Conselho de Sentença a aplicação do prêmio do perdão judicial (Santos; Sampaio; Muniz, 2023). Defendendo tanto a possibilidade do não oferecimento da denúncia como o perdão judicial na fase investigatória com análise da matéria pelo juiz togado (Valente; Finotti, p. 182-184).
- ⁵ Diferenciando os termos “direitos” e “garantias” — sob a premissa de que toda garantia é exteriorizada por um ou mais direitos e sua titularidade pertence à sociedade, motivo pelo qual nenhum homem poderá transigir com ela, enquanto o direito nem sempre representa uma garantia e, quando efetivamente não se traduza em garantia, seu titular pode transigir com ele — para, com isso, afirmar que a soberania dos veredictos constitui uma garantia constitucional (Ponte, 2021, p. 479). Pensamos, no entanto, que o próprio título II da Constituição Federal, denominado “dos direitos e

garantias fundamentais" indica direitos estabelecidos em favor do cidadão contra o Estado, estabelecendo barreiras ao poder punitivo estatal.

⁶ Em sentido contrário, Santos *et al.* (2023).

⁷ Compreendendo que a eficácia da colaboração é matéria atinente às consequências do crime de competência do juiz togado e que, aos jurados, cabe apenas o exame da autoria, materialidade ou qualificação do crime, bem como, das excludentes de tipicidade ou antijuridicidade (cf. Gomes; Silva, 2015, p. 326). Na mesma linha, mas justificando que a eficácia da delação (art. 4º, § 11, Lei 12.850/2013) é matéria de competência exclusiva do magistrado, sendo descabida a quesitação (cf. Masson; Marçal, 2021, p. 259). Por outro lado, Marcelo Batlouni Mendroni (2020, p. 175) admite que, quando realizada na fase do *judicium causa* ou do *judicium acusationes*, a concessão dos prêmios da colaboração demandará a formulação de quesitos aos jurados. Antonio Carlos da Ponte (2021) salienta que a soberania do júri impede a subtração de temas fundamentais do conhecimento do tribunal popular, a despeito das dificuldades operacionais que possam ocasionar, exemplificando com a hipótese da colaboração premiada. Segundo o autor, "aqui existe enorme dificuldade entre a observação dos benefícios assegurados ao colaborador

e o respeito à soberania, que, somente ao final do processo, ratificaria ou não o acordo, o que resultaria em questão ético-processual difícil de ser equacionada, sem contar a insegurança jurídica propiciada" (Ponte, 2021, p. 488).

⁸ "A decisão homologatória, é importante destacar, guarda caráter interlocutório e não assegura, por si só, a incidência dos benefícios da colaboração" (Suxberger; Caselato Junior, 2019, p. 228).

⁹ Na mesma perspectiva, sustentando que "O Tribunal do Júri é composto pelo juiz-presidente e jurados. Pensamos que o juiz-presidente tem competência para homologar a colaboração, relegando-se aos jurados a apreciação dos seus efeitos. A robustecer nosso entendimento, ressaltamos o posicionamento jurisprudencial de que, nos casos de competência originária de tribunais — órgãos jurisdicionais colegiados, a competência para a homologação de acordo de colaboração premiada, é do desembargador/ministro relator, mediante decisão monocrática, cabendo ao colegiado, em momento posterior, o exame de eficácia da colaboração" (cf. Santos; Sampaio; Muniz, 2023).

¹⁰ Defendendo que a quesitação é imprescindível para verificar a eficácia da colaboração, cf. Vasconcellos (2020, p. 161).

Referências

BADARÓ, Gustavo. Art. 482. In: GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo (Orgs.) *Código de Processo Penal Comentado*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 931-934.

BITTAR, Walter Barbosa; BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A questão da natureza jurídica e a possibilidade legal de impugnação do acordo de colaboração premiada pelo delatado. *BOLETIM DO IBCCRIM*, São Paulo, v. 322, p. 19-21, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 maio 2021.

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. HC 582.678/RJ, relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 14/6/2022, DJe de 21/6/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC 166.373, Relator: Edson Fachin, Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, julgado em 30-11-2022.

COSTA, Klaus Negri; ARAÚJO, Fábio Roque; TÁVORA, Nestor. *Curso de Legislação Criminal Especial*. São Paulo: Juspodivm, 2022.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do Direito Penal*: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*: Questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARIELLE Franco: delação premiada feita por ex-PM muda rumo de investigação; entenda como funciona acordo. *O Globo*, 2 out. 2023. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/noticia/2023/10/02/delacao-premiada-feita-a-por-ex-pm-muda-rumo-de-investigacao-do-caso-marielle-entenda-como-funciona-acordo.ghtml>. Acesso em: 6 out. 2023.

MASSON, Cléber; MARÇAL, Vinícius. *Crime Organizado [ebook]*. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crimes organizado*: aspectos gerais e

mecanismos legais [ebook]. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MORAES, Rodrigo Iennaco de. Colaboração premiada no Tribunal do Júri. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, v. 98, p. 7, 2001.

PONTE, Antonio Carlos da. Quesitação e soberania do júri. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogério Schietti (Orgs.) *Código de Processo Penal*: Estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. v. 2. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 477-490.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra; SAMPAIO, Denis; MUNIZ, Gina Ribeiro Gonçalves. Os efeitos da colaboração premiada no Tribunal do Júri (parte 2). *Consultor Jurídico*, 12 ago. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-12/tribunal-juri-efeitos-colaboracao-premiada-tribunal-juri-parte>. Acesso em: 05 nov. 2023.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra; SAMPAIO, Denis; SILVA, Rodrigo Fauz Pereira e; MUNIZ, Gina Ribeiro Gonçalves. *Colaboração premiada no júri*: da (im)possibilidade aos seus efeitos. *Consultor Jurídico*, 5 ago. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-05/tribunal-juri-colaboracao-premiada-juri-impossibilidade-aos-efeitos>. Acesso em: 6 out. 2023.

SOARES, Rafael Junior; BITTAR, Walter Barbosa; BORRI, Luiz Antonio. Breves considerações sobre as nulidades inerentes aos acordos de colaboração premiada e os limites aos prêmios cabíveis no ordenamento jurídico a partir das modificações incluídas pela Lei 13.964/19. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, v. 336, p. 24-25, 2020.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; CASELATO JUNIOR, Dalbertom. Efetividade e eficácia da colaboração premiada como chaves de compreensão para os limites da atuação judicial. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 74, p. 221-240, 2019.

VALENTE, Victor Augusto Estevam; FINOTTI, Thamiris Rossato. Crimes dolosos contra a vida e a colaboração premiada no Tribunal do Júri. In: TORRICELLI, Marcelo Rodrigues da Silva; MANDARINO, Renan Posella; BROETO, Filipe Maia (Orgs.) *Colaboração Premiada*: Estudos em homenagem ao professor Luiz Flávio Gomes. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 157-203.

VASCONCELLOS, Vinicius. *Colaboração premiada no processo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2020.

Recebido em: 16.11.2023 - Aprovado em: 19.12.2023 - Versão final: 12.01.2024

INTERVENÇÃO DA VÍTIMA NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: FUNDAMENTO E POSSIBILIDADES

VICTIM INTERVENTION IN PRELIMINARY INVESTIGATION: BASIS AND POSSIBILITIES

Andrey Borges de Mendonça

Doutor e mestre em processo penal pela USP. Professor. Procurador da República.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1367824672243911>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7318-5638>

andreyborges@yahoo.com.br

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.10591450>

Resumo: O artigo analisa a possibilidade de intervenção da vítima na investigação preliminar, à luz das disposições constitucionais, convencionais e legais, buscando um diálogo entre as fontes, com o intuito de extrair os fundamentos e possibilidades de tal intervenção. Conclui-se com a necessidade de se assegurar à vítima e seus familiares, de maneira efetiva, os direitos à informação, à proteção e à participação ao longo de toda a investigação preliminar.

Palavras-chave: Participação; Inquérito policial; Poderes; Acesso; Pedido de diligências; Controle do arquivamento.

Abstract: The article examines the possibility of victim intervention in the preliminary investigation, considering constitutional, conventional, and legal provisions, seeking a dialogue between sources, with the aim of extracting the foundations and possibilities of such intervention. It concludes with the need to effectively ensure the rights to information, protection, and participation for the victim and their family throughout the preliminary investigation.

Keywords: Involvement; Police inquiry; Powers; Access; Request for inquiries; Control of filing.

O objetivo do presente artigo é analisar o fundamento e as possibilidades de a vítima intervir durante a investigação preliminar, tema controverso na doutrina e na jurisprudência.

A doutrina costuma apontar que a vítima passou por três fases ao longo da história: de protagonista, neutralização e redescoberta (Suxberger; Cançado, 2017). Na primeira, há grande importância da vítima, seja pela vingança privada ou por meio da justiça privada; em seguida, foi quase esquecida do cenário processual penal por longo período;¹ finalmente, nas últimas décadas do século XX, passou a ser objeto de redescoberta (Fernandes, 1995, p. 11-13).

É dentro da segunda fase – de neutralização – que é editado o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro, tratando do assistente da acusação em seus artigos 268 a 273, assegurando a intervenção da vítima apenas na fase judicial, ou seja, após o oferecimento da acusação, e com poderes bastante limitados, em geral voltados para a reparação civil do dano. No entanto, na segunda metade do século XX, a vítima foi retirada do ostracismo. Houve movimento de diversos organismos nacionais e internacionais para reconhecer maior atenção às

vítimas e aos seus interesses, visando permitir que participe da persecução, colaborando na busca por justiça. Em síntese, admite-se que a vítima manifeste interesse na punição do agente criminoso, estimulando sua colaboração com o Estado na repressão e na prevenção do crime (Fernandes, 1995, p. 18-25). Ademais, as garantias e direitos da vítima passam a fazer parte da equação do processo penal justo (Chiavario, 2012, p. 221). Nesse sentido, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) já asseverou que, mesmo que o art. 6.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos não contemple explicitamente a situação das vítimas, os princípios de um processo justo (*fair trial*) exigem que seus direitos sejam reconhecidos e equilibrados relativamente aos da defesa, devendo o procedimento criminal ser organizado de forma a não prejudicar injustamente os interesses da vítima (TEDH, 1996, §70).

Essa preocupação com a vítima é nitidamente refletida no Direito Internacional. Por exemplo, em 1985, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder. No mesmo sentido, no âmbito europeu, diversas

normativas indicaram, a partir da década de 1980, grande preocupação com a vítima e seus direitos.² Também as Cortes Internacionais de Direitos Humanos impuseram que os Estados demonstrem preocupação efetiva, global e permanente com a vítima durante toda a perseguição, a iniciar pela fase de investigação.

No entanto, em nosso sistema, é possível que a vítima intervenha durante a investigação preliminar? Em caso positivo, qual seria o fundamento e quais seriam seus direitos e poderes processuais?

O CPP, considerando a fase em que foi editado, não possui um marco legal claro que assegure a participação da vítima durante a investigação preliminar. No entanto, mesmo em sua redação original, já assegurava alguns poderes processuais à vítima durante a investigação, tais como: (i) requerer a instauração do inquérito policial, nos crimes de ação pública (art. 5º, inc. II); (ii) ser ouvida pela Autoridade Policial (art. 6º, inc. IV); (iii) solicitar diligências à Autoridade Policial (art. 14); (iv) pedir o sequestro de bens ao juiz (art. 127 do CPP); (v) requerer a hipoteca legal dos bens do investigado (art. 134); (vi) solicitar exame complementar em caso de lesões corporais (art. 168). Ao longo do tempo, em consonância com a redescoberta da vítima, alterações do próprio CPP asseguraram outros poderes — alguns ainda na fase extrajudicial. Em especial, no contexto da reforma de 2008, a Lei 11.690 disciplinou o capítulo “Do ofendido”, assegurando diversos direitos ligados à *proteção da vítima*, em especial nos §5º e §6º do art. 201 (atendimento multidisciplinar e preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido). Também assegurou que a vítima seja intimada das decisões sobre a prisão e a soltura do imputado (§2º). O art. 159, §3º (incluído pela mesma lei) facultou ao ofendido “a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico”. Reforçando tal tendência, em 2019, a Lei 13.964 alterou o art. 28 para permitir que a vítima realize o controle do arquivamento do inquérito policial. Segundo o novo dispositivo, ao arquivar o inquérito, o membro do Ministério Público deve comunicar, dentre outros, a vítima, que, em caso de não concordância, “poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial”.

Portanto, o CPP já assegura a participação da vítima nos três principais marcos da investigação preliminar: em sua instauração, na realização de diligências e no controle de suas conclusões. No entanto, na prática, ainda é comum haver decisões que limitam — e muito — a atuação da vítima durante a investigação preliminar. Em geral, afirma-se que a intervenção da vítima se limitaria à fase judicial, nos termos do art. 268 do CPP. Por exclusão, sua participação seria limitada durante a fase extrajudicial. Também se invoca o sigilo do inquérito policial (art. 20), a necessidade de celeridade das apurações e a privacidade do investigado como justificativas para se negar acesso da vítima ao inquérito policial.³

No entanto é necessário avançar nesse tema, em especial à luz do Direito Internacional e do diálogo das fontes, nacionais e internacionais. Deve-se assegurar à vítima, de maneira ampla e inequívoca, o direito à informação, à proteção e à participação na investigação preliminar, permitindo que possa influenciar direta e ativamente seu resultado. Isso deflui não apenas da Constituição Federal (CF), mas de diversas fontes internacionais, vinculantes ao Brasil.

A CF demonstra preocupação com a assistência aos familiares da vítima de crime doloso em seu art. 245. Some-se a isso o direito à segurança, previsto no caput do art. 5º, e o inc. XXXV, que assegura o direito à tutela jurisdicional adequada e o acesso à justiça. Seria negá-lo vedar que a vítima, atingida pela conduta delitiva, não pudesse buscar justiça e reparação também no aspecto penal e já durante a fase de investigação, conforme já

decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ) (Brasil, 2010). Como a viabilidade da posterior intervenção como assistente da acusação na fase processual depende de uma apuração eficiente, vedar a intervenção da vítima na investigação preliminar seria, muitas vezes, inviabilizar sua posterior participação na fase processual. Inclusive, a visão restritiva parece considerar a vítima como não digna de direitos durante a investigação, a causar revimitização secundária. Ademais, das próprias disposições legais nacionais, acima vistas, já seria possível extrair o direito da vítima e de seus familiares participarem da investigação, com o fim de estabelecer a verdade dos fatos, conforme asseverou a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) no caso Garibaldi contra Brasil, ao citar os artigos 5º, 14 e 27 do CPP (CIDH, 2009, §118).

De outro giro, as fontes do Direito Internacional asseguram garantias processuais mínimas às vítimas durante a investigação preliminar. A já mencionada Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder se preocupa com o acesso à justiça e o tratamento justo da vítima, inclusive com sua reparação, informação e assistência. Na mesma linha, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, ao interpretar o art. 6º do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos — que assegura o direito à vida — asseverou que os

[...] Estados Partes devem também revelar aos familiares mais próximos da vítima detalhes pertinentes sobre a investigação, permitir-lhes que apresentem novos elementos de prova, reconhecer-lhes legitimidade processual nos inquéritos, e prestar informação pública sobre as diligências de inquérito efetuadas e das constatações, conclusões e recomendações delas emanadas, com exceção da omissão dos elementos absolutamente necessários (Comitê dos Direitos Humanos, 2019, notas suprimidas).

Nessa linha, as Cortes Internacionais de Direitos Humanos asseguram diversos direitos à vítima e/ou a seus familiares durante a investigação. O TEDH entende que a investigação deve ser acessível à vítima na medida necessária para salvaguarda de seus interesses (Fischer; Pereira, 2019, p. 165),⁴ que devem ir muito além de aspectos patrimoniais, relacionando-se com a busca de verdade e justiça. Na mesma linha, a CIDH tem jurisprudência inequívoca no sentido de conferir à vítima maior participação na perseguição penal, inclusive na fase extrajudicial, como forma de assegurar o direito à verdade, à justiça e à reparação daqueles que foram vítimas de graves violações de direitos humanos. Segundo a jurisprudência firme da Corte, “toda pessoa, inclusive os familiares das vítimas de graves violações de direitos humanos, tem o direito de conhecer a verdade” (CIDH, 2018, §328). E, para tanto, vítima e seus familiares podem participar ativamente das investigações, contribuindo para seu resultado. No caso Garibaldi contra Brasil, em 2009, a CIDH, reiterando sua jurisprudência (CIDH, 2002, §118, 2008, §233), estabeleceu que “as vítimas ou seus representantes deverão ter acesso e capacidade de atuar em todas as etapas e instâncias dos processos internos instaurados no presente caso” (CIDH, 2009, §169). No caso Gomes Lund, de 2010, a CIDH afirmou que deflui do art. 8º da Convenção “que as vítimas de violações de direitos humanos ou seus familiares devem contar com amplas possibilidades de ser ouvidos e atuar nos respectivos processos, tanto à procura do esclarecimento dos fatos e da punição dos responsáveis, como em busca de uma devida reparação”. Assim, as vítimas e seus familiares podem apresentar petições e solicitar diligências durante as investigações, “com a finalidade de participar processualmente da investigação penal, com a pretensão de estabelecer a verdade dos fatos” (CIDH, 2010, §139). Posteriormente, no caso Favela

Nova Brasília, em outra decisão condenatória do Brasil, envolvendo violência policial, a Corte asseverou:

A respeito do direito dos familiares de participar de todas as etapas dos respectivos processos, a Corte lembra que isso significa a possibilidade de apresentar sugestões, receber informações, anexar provas, formular alegações e, em síntese, fazer valer seus direitos. Essa participação deverá ter por finalidade o acesso à justiça, o conhecimento da verdade dos fatos e a eventual concessão de uma justa reparação (CIDH, 2017, §238).

Na referida decisão, a CIDH apontou que a legislação brasileira está em dissonância com a jurisprudência internacional, que assegura à vítima e aos seus familiares o direito de participar de todas as etapas da persecução (§238). A Corte, inclusive, determinou que

[...] o Estado adote as medidas legislativas, ou de outra natureza, necessárias para permitir que as vítimas de delitos ou seus familiares participem de maneira formal e efetiva da investigação criminal realizada pela polícia ou pelo Ministério Público, sem prejuízo da necessidade de reserva legal ou confidencialidade desses procedimentos (CIDH, 2017, §329).

No ano seguinte, no caso Herzog, a Corte reiterou que os “familiares das vítimas deverão ter pleno acesso e capacidade de atuar em todas as etapas processuais, de acordo com a legislação interna e a Convenção” (CIDH, 2018, §366). Há, portanto, parâmetros supranacionais de transparência, publicidade e informação no âmbito das atividades investigativas envolvendo a vítima e seus familiares, que incluem direitos de ciência, intervenção e participação no procedimento investigatório (Fischer; Pereira, 2019, p. 164-165). E tais parâmetros são vinculantes ao Brasil, mesmo sem edição de legislação específica. A Convenção Americana e as decisões da CIDH — como sua intérprete autêntica — são vinculantes ao Brasil, nos termos do art. 68 da Convenção. Ademais, é necessário que haja um diálogo entre as Cortes, de sorte a reconhecer a jurisprudência internacional, em especial para evitar novas condenações do Brasil. Seguindo tal tendência, há normas editadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público e do Conselho Nacional de Justiça que impõem a consideração dos interesses da vítima na investigação.⁵

Sobre o acesso da vítima aos elementos de prova já documentados na investigação, há precedentes da 5ª e da 6ª Turmas do STJ que o asseguram, ainda que o inquérito esteja sob sigilo (Brasil, 2018, 2019). Digno de nota — em razão de sua perspectiva internacional — é o recente julgado da 6ª Turma do STJ, envolvendo o homicídio da Vereadora Marielle Franco (Brasil, 2023a). Na decisão, assegurou-se aos familiares da vítima o direito de acessar os elementos de prova já documentados na investigação, com base na Súmula Vinculante 14 do STF — acesso que havia sido negado anteriormente pelo juiz e pelo Tribunal, em razão da falta de previsão legal e visando proteger a privacidade dos investigados. Em importante diálogo de fontes, o STJ fundamentou-se em diversos precedentes da Corte Interamericana, assim como em outras normas do Direito Internacional. Ao final, concedeu-se a ordem para que os familiares da vítima pudessem acessar os autos do inquérito, por se tratar de “providência essencial para garantir ao ofendido o direito à verdade, à memória, à justiça e à devida reparação”. Portanto, à luz da normativa interna e dos parâmetros internacionais, a vítima e seus familiares têm, no mínimo, os seguintes direitos durante a investigação preliminar: (i) direito de solicitar a realização de uma investigação, o que somente pode ser indeferido de maneira fundamentada; (ii) direito de acesso ao conteúdo da investigação e das diligências já documentadas, ainda que em sigilo, com exceção das diligências em andamento e que possam ser frustradas, nos termos da Súmula Vinculante

14 do STF; (iii) direito de participar da investigação, podendo apresentar a sua versão sobre os fatos, receber informações, nomear assistente técnico, anexar elementos de prova, indicar fontes de provas e requerer diligências que possam auxiliar na apuração dos fatos. Essa participação deverá ter por finalidade o acesso à justiça, o conhecimento da verdade dos fatos e a eventual concessão de uma justa reparação; (iv) direito à proteção, ou seja, que seus interesses sejam considerados e seus direitos protegidos, em especial dignidade, imagem, honra, privacidade e integridade física e moral, sobretudo evitando revitimizações; (v) direito de receber informações sobre seus direitos, sobre o andamento das investigações, de lhe ser explicada sobre as decisões tomadas em seu caso e, sobretudo, de ser cientificada sobre o resultado das investigações, com possibilidade de impugnar eventual decisão de arquivamento, nos termos do atual art. 28 do CPP. Para assegurar tais direitos, em caso de indeferimento, será viável a utilização do Mandado de Segurança em matéria criminal.

Por fim, dois aspectos finais. Primeiro, tais direitos não prejudicam em nada a correta apuração dos fatos ou a celeridade da investigação. Ao contrário, a participação da vítima é garantia de uma eficiente, diligente e transparente investigação, podendo contribuir decisivamente para seu sucesso, em tempo célere. Segundo, desses direitos da vítima surgem diversos deveres correlatos, que incidem sobre a autoridade que conduz a investigação. O primeiro dever é o de proativamente buscar a vítima e/ou seus familiares, para que sejam cientificados das decisões tomadas e participem da investigação. O segundo é o de efetivamente considerar, como uma das hipóteses possíveis de investigação, aquela apresentada pela vítima. De nada adiantaria ouvir a vítima e simplesmente desconsiderar, sem qualquer fundamento, a hipótese investigativa por ela apresentada. Por fim, a autoridade condutora da investigação somente pode indeferir as diligências solicitadas pela vítima ou por seus familiares em caso de manifesta impertinência ou irrelevância. Em caso de dúvida, a diligência deve ser deferida. Isso não significa que a condução da investigação seja transferida para a vítima ou que se esteja prejudicando a titularidade da investigação ou da ação penal. Significa apenas que os interesses e direitos da vítima devem ser efetivamente considerados e protegidos durante a investigação preliminar. Ao final, ainda que se alegue que o Estado é o sujeito passivo das condutas, foi a vítima que sofreu o dano e os resultados da violência decorrentes do crime.

Conclui-se que é necessário ressignificar nossa legislação, no tocante à participação da vítima na investigação preliminar, para adaptá-la à Constituição e aos novos *standards* internacionais. Como leciona **Scarance Fernandes** (1995, p. 28), no tocante à vítima, deve-se afastar de interpretações anacrônicas, de leituras antigarantidoras e de um indevido caráter mercantil de suas expectativas. É tempo de se reconhecer uma participação ativa da vítima ao longo de toda a investigação preliminar — em seu início, em suas diligências e em sua conclusão —, sem prejuízo da titularidade pública da investigação. Não se deve mais admitir que a vítima seja apenas uma “convidada de pedra” da investigação; ao contrário, deve-se reconhecer seu verdadeiro *status* de titular de direitos durante a investigação, podendo participar ativamente dela. Não apenas a legislação interna, mas sobretudo os dispositivos constitucionais e convencionais — assim como a jurisprudência internacional vinculante — apontam para a necessidade de uma mudança de rumos, permitindo que a vítima participe proativamente da investigação, de sorte a adaptar a legislação nacional aos *standards* do *fair trial* também no tocante à vítima. Somente assim se evitará a revitimização e serão efetivamente assegurados seus direitos à verdade e à justiça.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo.

Declaração de autoria: todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua totalidade.

Declaração de originalidade: o autor garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ele também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil):

MENDONÇA, A. B. Intervenção da vítima na investigação preliminar: fundamento e possibilidades. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 32, n. 375, p. 18-21, 2024. DOI: 10.5281/zenodo.10591450. Disponível em: <https://publica>

coes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/983. Acesso em: 30 jan. 2024.

Notas

- 1 Maurício Zanoide de Moraes, em extensa e profunda pesquisa histórica, mostra como a exclusão da vítima da persecução penal se iniciou sobretudo a partir do Principado, na chamada fase imperial romana (27 a.C. até 476 d.C.), com uma progressiva exclusão da vítima da resposta estatal, substituída pelo poder instituído, que passa a ser o sujeito passivo dos delitos. Conforme leciona, o objetivo foi de concentrar poderes na mão do Imperador, que passa a ser visto como lesado, ofendido ou ameaçado. Assim, “o crime não é mais entre particulares, mas assume conotação de desobediência ao Imperador; com isso a vítima é excluída, pela primeira vez, do sistema criminal como sua necessária e protagonista participante” (Moraes, 2022, p. 91-124). Paulatinamente se exclui a vítima — e consequentemente seus interesses — da persecução penal.
- 2 A Recomendação (85) 11, de 28 de junho de 1985, do Comitê de Ministros da Europa, recomendava que os interesses da vítima deveriam ser levados em consideração em todas as fases do processo de justiça criminal. Atualmente, a Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade.
- 3 Por falta de previsão legal, o STF não admitiu intervenção do assistente da acusação antes do recebimento da denúncia (Brasil, 1988). No entanto, recentemente, nos autos do Inq. 4.940 — que apura crime contra a honra do Ministro do STF Alexandre de Moraes e de seus familiares —, em razão de ofensas ocorridas em julho de 2023 em Aeroporto da Itália, o Ministro Dias Toffoli admitiu a intervenção das vítimas como assistentes da acusação ainda durante o inquérito, com fundamento no art. 268 do CPP (Brasil, 2023b). Contra tal decisão, a Procuradoria-Geral da República

interpôs agravo regimental, afirmando, no referido recurso, que na “fase de inquérito, não há autorização legal para a assistência e o alargamento do plexo de legitimados para as ações persecutórias” e que qualquer permissão legal autorizativa de assistência da vítima à investigação ofenderia os artigos 127, §1º, e 129, inciso I, da CF, “ao desnaturar, desidrar e subtrair a independência funcional do Ministério Público e a sua sobrelevada missão constitucional de promover privativamente a ação penal pública”. Ademais, asseverou que a intervenção da vítima poderia comprometer a agilidade e a eficácia das investigações. Referido agravo ainda não foi julgado.

- 4 Dentre outros, no caso *Oğur c. Turquia*, j. em 20 de maio de 1999, § 92, o TEDH entendeu que houve violação à Convenção Europeia (art. 2º) em razão de os autos da investigação de um homicídio terem ficado inacessíveis aos parentes mais próximos da vítima.
- 5 A Resolução 181/17 do CNMP — que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público — possui um capítulo intitulado “Dos Direitos da Vítima” e prevê, no art. 17, que o membro do Ministério Público deve tomar todas as medidas necessárias para a preservação dos direitos das vítimas, bem como para a reparação dos eventuais danos por ela sofridos. A Resolução 253, de 4 de setembro de 2018, do CNJ, ao definir a política institucional do Poder Judiciário de atenção e apoio às vítimas de crimes e atos infracionais, assegura, dentre outros, o direito de ser orientada e de receber informações sobre tramitação de inquéritos e processos judiciais que tenham por objeto a apuração de crime ou ato infracional, ou a reparação de dano decorrente de sua prática.

Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. *RMS 55.790/SP*, Relator: Jorge Mussi, DJe 14 dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *HC 123.365/SP*, Relator: Og Fernandes, julgado em 22 jun. 2010. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=899275&tipo=0&nreg=200802732219&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20100823&formato=PDF>. Acesso em: 31 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *REsp 1.776.061/MT*, Relator: Rogerio Schietti, DJe 12 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *RMS 70411/RJ*, Relator: Rogerio Schietti Cruz, julgado em 18 abr. 2023a. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portaltsp/SiteAssets/documentos/noticias/RMS70411%2018042023.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 4.940*, Relator: Min. Dias Toffoli, decisão monocrática, julgado em 23 out. 2023b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15362236079&ext=.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 381*, Relator: Celio Borja, julgado em 21 set. 1988. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80545>. Acesso em: 31 jan. 2024.

CHIAVARI, Mario. *Diritto Processuale Penale*: Profilo istituzionale. 5. ed. Turim: Utet, 2012.

CIDH. *Caso do “Caracazo” Vs. Venezuela*. Reparações e Custas. Sentença de 29 de agosto de 2002. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_95_esp.pdf. Acesso em: 31 jan. 2024.

CIDH. *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Acesso em: 31 jan. 2024.

CIDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de setembro de 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_por.pdf. Acesso em: 31 jan. 2024.

CIDH. *Caso Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) e outros vs. Brasil*. Exceções

Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 31 jan. 2024.

CIDH. *Caso Herzog e outros vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de março de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf. Acesso em: 31 jan. 2024.

CIDH. *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2008. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_192_esp.pdf. Acesso em: 31 jan. 2024.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS. Comentário Geral n.º 36 ao art. 6º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. CCPR/C/GC/36. Genebra: Nações Unidas, 2019. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/pidcp-comentariogeral36-portugues-sp.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2024.

FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas*: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Modelo e sistema criminais não violentos*: uma teoria ao processo criminal transformativo. 2022. Professor Titular – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/003082695>. Acesso em: 31 jan. 2024.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; CANÇADO, Mayara Lopes. Políticas Públicas de proteção à vítima: uma proposta de arranjo institucional de segurança pública. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 32-58, jan./jun. 2017. <https://doi.org/10.12662/2447-6641oj.v15i20.p32-58.2017>

TEDH, *Caso Doorson contra Países Baixos*, n.º 20524/92, julgado em 26 de março de 1996. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%20%3A%22001-57972%22%7D>. Acesso em: 31 jan. 2024.

TEDH, *Oğur c. Turquia*, n.º 21594/93, julgado em 20 de maio de 1999. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#i=001-58251>. Acesso em: 31 jan. 2024.

Autor convidado

COLABORAÇÃO PREMIADA E TEORIA DOS JOGOS: DESAFIOS ESTRATÉGICOS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

TURN STATE'S EVIDENCE AND GAME THEORY: STRATEGIC CHALLENGES OF CRIMINAL INVESTIGATION

David Pimentel Barbosa de Siena

Professor de Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal da Academia de Polícia "Dr. Coriolano Nogueira Cobra" (Acadepol), da Strong Business School (Strong FGV) e da Universidade Municipal de São Caetano do Sul (USCS). Doutorando e Mestre em Ciências Humanas e Sociais pela Universidade Federal do ABC (UFABC). Delegado de Polícia do Estado de São Paulo.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6594126112540565>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8481-4794>

daviddesiena@icloud.com

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.10552713>

Resumo: Este artigo examina a colaboração premiada no sistema legal brasileiro sob a perspectiva da teoria dos jogos e da análise econômica. Aborda a importância da comunicação estratégica e da sinalização nas investigações criminais e destaca a necessidade de equilíbrio entre justiça e eficiência. Analisa como a teoria dos jogos ajuda a compreender as interações entre as partes envolvidas e discute a regulamentação adequada. Contribui para o debate sobre melhorias legislativas e práticas relacionadas à colaboração premiada, visando conferir racionalidade à persecução criminal de organizações criminosas.

Palavras-chave: Negócios penais; Composição probabilística de preferências; Comunicação estratégica e sinalização; Investigação criminal; Justiça informacional.

Abstract: This article examines the turn state's evidence in the Brazilian legal system from the perspective of game theory and economic analysis. It addresses the importance of strategic communication and signaling in criminal investigations and highlights the need for a balance between justice and efficiency. It analyzes how game theory helps to understand the interactions between the parties involved and discusses appropriate regulation. It contributes to the debate on legislative and practical improvements related to turn state's evidence, aiming to provide rationality to the criminal prosecution of criminal organizations.

Keywords: Pleas; Probabilistic composition of preferences; Strategic communication and signaling; Criminal investigation; Informational justice.

1. Introdução

A colaboração premiada, tal como definida pelo artigo 3º-A, da Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, surgiu no cenário político criminal como uma ferramenta disruptiva do sistema legal brasileiro. A figura jurídica consiste em um acordo entre o

Ministério Público, a autoridade policial e o réu, muitas vezes envolvendo a concessão de benefícios em troca de informações substanciais sobre atividades criminosas. Sobretudo, essa lei trouxe à tona discussões sobre sua aplicação eficaz e ética no cenário jurídico.

A disseminação da colaboração premiada no Brasil se destacou especialmente durante a “Operação Lava Jato”. Nesse contexto, a colaboração premiada foi apresentada, segundo o discurso institucional,¹ como um instrumento fundamental no chamado “combate ao crime organizado”, permitindo às autoridades obterem informações cruciais sobre suas principais atividades, identificação de lideranças e demais membros, relações espúrias com agentes públicos etc. Essa abordagem gerou debates intensos, com defensores argumentando que essa técnica era essencial para o avanço das investigações e críticos questionando seu impacto ético e legal (Bitencourt, 2017).

No âmbito doutrinário, a colaboração premiada é objeto de diversas controvérsias, incluindo discussões sobre sua aplicação nos inquéritos policiais. Coutinho (2014) chegou a afirmar que o instituto é “inconstitucional desde a medula”. Cezar Roberto Bitencourt (2014), por sua vez, ressaltou que existem inconstitucionalidades na aplicação desse instituto, especialmente quando não são respeitados os direitos fundamentais dos réus colaboradores. Além disso, a questão ética também é alvo de discussão, já que alguns consideram a colaboração premiada como uma traição bonificada (Bitencourt, 2017). Há um consenso, no entanto, de que a regulamentação adequada é necessária para evitar abusos e garantir a justiça no processo penal, particularmente nas investigações criminais conduzidas pela polícia judiciária (Borri; Soares, 2017).

Diante dessas controvérsias, torna-se evidente a necessidade de explorar diferentes perspectivas e linhas de estudo relacionadas à colaboração premiada. Nesse contexto, a teoria dos jogos emerge como uma estrutura analítica valiosa para compreender as complexas interações entre as partes envolvidas nesse processo. Autores como Stuart S. Nagel e Marian Neef (1976a, 1976b) contribuíram significativamente para a compreensão das dinâmicas por trás da colaboração premiada, destacando sua relação com a teoria dos jogos e equilíbrio de Nash.

Através dessas lentes, é possível analisar as decisões estratégicas de investigadores, acusação e defesa durante as negociações de colaboração. A teoria dos jogos, em seu cerne, examina as interações estratégicas entre os indivíduos, considerando as escolhas de cada parte e seus possíveis resultados. Isso se alinha perfeitamente com a dinâmica complexa das negociações de colaboração premiada, onde réus, promotores e advogados de defesa buscam maximizar seus próprios interesses.

2. Analisando escolhas no dilema do prisioneiro: CPP como ferramenta para avaliar decisões em contextos criminais

William Landes (1971) é uma figura seminal na aplicação da teoria dos jogos ao *plea*,² categoria jurídica que inspirou a aplicação do instituto da colaboração premiada, por parte de diversos *players* institucionais do nosso sistema de justiça criminal, incluindo a polícia judiciária. Em seu trabalho, Landes parte do pressuposto de que a acusação possui total discricionariedade e não duvida da culpa do acusado, concebendo as funções dos investigadores e acusadores como a maximização da “dissuasão”, dentro de uma restrição orçamentária. Landes propõe que o sistema legal deve funcionar como um “mecanismo de precificação” eficaz, onde as vantagens totais da acusação de um réu se igualam ao custo social total do crime cometido. Isso impulsiona a análise econômica da colaboração premiada, demonstrando como os réus avaliam os custos e benefícios de aceitar ou recusar acordos de *plea*, de acordo com seu próprio cálculo de probabilidade de condenação.

Nuno Garoupa e Frank H. Stephen (2006) contribuem para essa discussão ao abordarem a lei e economia da colaboração premiada, estacando como a teoria econômica pode ser aplicada para avaliar o processo de negociação. O sistema de justiça criminal visa otimizar a relação entre os benefícios e custos marginais das ações, conforme defendido por Landes (1971). Nesse cenário, as motivações dos réus podem ser influenciadas por uma série de incentivos econômicos e legais. Gene Grossman e Michael Katz (1983) abordam a relação entre o *plea* e o bem-estar social, destacando como as políticas de barganha afetam o equilíbrio entre a cooperação e a traição.

Como ferramenta interpretativa, a teoria dos jogos contribuiu para uma análise econômica do funcionamento do sistema de justiça criminal. Por esse enfoque, a lei criminal tem dupla missão: (i) evitar condenações injustas (erro do tipo I) e (ii) garantir que culpados não escapem impunes (erro do tipo II), conforme observado por Lewisch (2000). Nesse contexto, a aplicação da teoria dos jogos à colaboração premiada emerge como uma ferramenta poderosa para analisar como os jogadores envolvidos equilibram esses interesses conflitantes, considerando fatores econômicos e legais.

O modelo de Landes (1971) também destaca que réus acusados de crimes com punições mais severas tendem a ser menos propensos a aceitar acordos de *plea*. No entanto essa abordagem ignora a importância de evitar erros do tipo I e do tipo II na administração da justiça criminal, pressupondo que todos os réus são culpados. A reflexão sobre como a probabilidade de erro afeta a decisão de delatar ou ir a julgamento é crucial, pois ilustra como a teoria dos jogos pode capturar as nuances do processo de colaboração premiada em inquéritos policiais.

A essência da teoria dos jogos envolve a análise de dilemas estratégicos, e o dilema do prisioneiro é um modelo clássico nesse contexto. Esse dilema, discutido por Landes (1971), ilustra a tensão entre a cooperação e a traição. No contexto da colaboração premiada, os réus muitas vezes enfrentam uma escolha semelhante: cooperar com as autoridades em troca de benefícios ou trair seus comparsas para evitar punições mais severas. A compreensão do dilema do prisioneiro é essencial para analisar as motivações por trás da cooperação e da traição em organizações criminosas.

A abordagem de Grossman e Katz (1983) adiciona complexidade ao modelo de Landes ao introduzir a “autosseleção” de réus culpados que preferem acordos de *plea* sobre julgamentos. No entanto essa visão parte de uma suposição questionável de que todos os réus são igualmente avessos ao risco. Uma análise mais aprofundada pode revelar que réus culpados, que inicialmente assumem riscos ao cometerem crimes, podem ser menos avessos ao risco do que réus inocentes, que correm o risco de serem erroneamente condenados. A incorporação dessa diferenciação sutil é crucial para entender a dinâmica da colaboração premiada.

Sant’Anna, Gavião e Sant’Anna (2020) exploram o “dilema do prisioneiro” sob uma perspectiva de teoria dos jogos e utilizam a composição probabilística de preferências como uma ferramenta analítica para examinar as decisões tomadas por agentes envolvidos em um contexto criminal. Nesse cenário hipotético, os dois prisioneiros enfrentam escolhas que afetarão suas penas de prisão. A tomada de decisão envolve três critérios principais: minimizar as penas, minimizar a carga de trabalho de investigação e minimizar os custos para o Estado. Assim, observa-se que diferentes objetivos podem levar a distintas escolhas, ressaltando a importância de considerar múltiplos fatores ao tomar decisões complexas.

No dilema dos prisioneiros, existem dois prisioneiros, A e B, que podem fazer duas escolhas: confessar ou não confessar. Cada escolha tem uma pena associada para ambos os prisioneiros. Os quatro pares de números que representam as diferentes escolhas e suas penas associadas são os seguintes: (5, 5): se ambos prisioneiros não confessarem, cada um recebe uma pena de 5 anos de prisão; (10, 0): Se o prisioneiro A confessar e o prisioneiro B não confessar, o prisioneiro A recebe uma pena de 10 anos de prisão, enquanto o prisioneiro B é libertado sem pena; (0, 10): Se o prisioneiro A não confessar e o prisioneiro B confessar, o prisioneiro A é libertado sem pena, enquanto o prisioneiro B recebe uma pena de 10 anos de prisão; (2, 2): Se ambos os prisioneiros confessarem, cada um recebe uma pena de apenas 2 anos de prisão.

A alternativa (2, 2) é considerada a melhor escolha porque minimiza a pena total para ambos os prisioneiros. Nesse cenário, ambos escolhem confessar, resultando em uma pena de apenas 2 anos de prisão para cada um. Comparado às alternativas, onde pelo menos um dos prisioneiros enfrentaria uma pena maior, a alternativa (2, 2) é a mais favorável para ambos.

No entanto é importante observar que essa escolha é baseada no critério de minimizar as penas dos prisioneiros. Se outros critérios, como minimizar a carga de trabalho para investigação ou minimizar os custos para o Estado, fossem mais importantes, a escolha poderia ser diferente. Portanto, a decisão final depende dos objetivos e prioridades específicos em um determinado contexto.

A obtenção bem-sucedida de informações vitais por meio da colaboração premiada está intrinsecamente ligada à comunicação estratégica. A habilidade de persuadir um réu a cooperar, oferecendo-lhe incentivos atraentes, é um processo delicado que envolve estratégias de negociação e sinalização. **Stephanos Bibas** (2004) explora esse aspecto ao discutir como as negociações de colaboração acontecem fora da sombra do julgamento. A capacidade de transmitir informações de maneira eficaz e convincente é crucial para garantir que os réus percebam os benefícios de colaborar com as autoridades.

3. Comunicação estratégica e sinalização, equilíbrios, justiça informacional e dissuasão criminal

A comunicação estratégica e a sinalização desempenham um papel crucial na compreensão da dinâmica das negociações de colaboração premiada, na perspectiva tanto dos investigados quanto das autoridades de investigação criminal. A introdução aos conceitos de sinalização e comunicação estratégica, conforme apresentados por **Diego Gambetta** (2009), confere um importante aporte na contextualização das interações entre réus e autoridades. **Gambetta** distingue entre “sinais” e “signos”, sendo os sinais ações ou declarações que têm custos ou consequências para o emissor, enquanto os signos não têm essas características. Essa distinção é particularmente relevante na análise da credibilidade da colaboração premiada.

Os custos de sinalização desempenham um papel crucial na determinação da credibilidade das informações fornecidas por um réu que está disposto a colaborar. Como **Stephanos Bibas** (2004) argumenta, a capacidade de sinalizar sinceridade e credibilidade é vital no contexto da colaboração premiada, uma vez que os réus podem ter incentivos para fornecer informações enganosas para obter benefícios.

A análise cuidadosa dos custos associados à sinalização é fundamental para avaliar a qualidade das informações obtidas por meio desse processo de investigação criminal.

Além disso, é importante explorar as finalidades distintas da comunicação em contextos de conflito de interesses e

coordenação. A comunicação estratégica desempenha um papel duplo nas negociações de colaboração premiada. Por um lado, os réus podem utilizar estratégias de comunicação para sinalizar sua disposição em colaborar e, assim, coordenar ações com as autoridades. Por outro lado, pode haver conflitos de interesse entre réus que buscam maximizar seus próprios benefícios, o que pode levar a estratégias de comunicação enganosas ou competitivas. A compreensão dessas dinâmicas comunicativas é essencial para uma análise abrangente da colaboração premiada.

Uma análise cuidadosa mostra que marcadores, como os antecedentes criminais de um réu, podem servir como sinais de confiabilidade. Conforme apontado por **Gene Grossman e Michael Katz** (1983), a vida pregressa de um réu pode ser um indicador importante de sua credibilidade. Réus com “bons antecedentes criminais” podem ser percebidos como mais confiáveis, uma vez que não têm um histórico de violações da lei penal. Portanto, os marcadores desse tipo podem ser usados pelas autoridades para avaliar a credibilidade da informação fornecida.

A ambiguidade na comunicação desempenha um papel significativo na dinâmica das negociações e na estratégia de comunicação de organizações criminosas, sendo um elemento importante a ser considerado. É um elemento inevitável na interpretação de sinais de comunicação. Isso se deve ao fato de que as mensagens nem sempre são claras e podem ser interpretadas de diferentes maneiras pelos destinatários. Essa ambiguidade pode afetar a tomada de decisões, uma vez que as autoridades podem ter dificuldade em determinar a intenção real do réu colaborador. Nesse contexto, a obra de **A. Dixit** (2010) destaca como a ambiguidade pode ser explorada estrategicamente para se obter vantagens na negociação.

Como mencionado por **Martinez-Vaquero, Dolci e Trianni** (2019), essas organizações muitas vezes utilizam a ambiguidade como uma ferramenta para confundir as autoridades e proteger suas operações. Isso pode incluir o uso de códigos, linguagem cifrada e mensagens indiretas para dificultar a interpretação de suas comunicações por parte das autoridades. Além disso, a consideração dos desafios enfrentados quando se comunica em contextos nos quais os sinais podem ser interceptados por múltiplos destinatários é fundamental. Como apontado por **Abel** (2017), a presença de terceiros que podem interceptar e interpretar as mensagens pode criar um dilema para os réus colaboradores. Eles precisam encontrar maneiras de se comunicarem de forma eficaz com as autoridades, ao mesmo tempo em que minimizam o risco de exposição ou traição por parte de outros membros da organização criminosa.

No entanto é importante destacar que, em situações complexas, como negociações de colaboração premiada, a necessidade de múltiplos sinais para estabelecer crenças credíveis é evidente. Como apontado por **Berg e Kim** (2018), um único sinal pode ser enganoso ou insuficiente para garantir a credibilidade de um réu. Portanto, a análise de múltiplos sinais é essencial para avaliar a sinceridade de um réu que está disposto a colaborar. Esses sinais podem incluir não apenas o histórico criminal, mas também informações detalhadas sobre a organização criminosa, evidências substanciais e a disposição do réu em se submeter a medidas de proteção.

Berg e Kim (2018) abordaram um modelo de negociação de acordos criminais com múltiplos réus e investigaram seus efeitos na dissuasão do crime. Os autores se basearam em teorias econômicas e modelos de equilíbrio para analisar a dinâmica da negociação de acordos e suas implicações no sistema de justiça criminal. Os autores identificam dois tipos de equilíbrio na negociação de acordos: de separação e de

agrupamento. No equilíbrio de separação, os investigadores e acusadores fazem ofertas assimétricas, concedendo descontos apenas aos réus menos culpados, enquanto no equilíbrio de agrupamento, ambos os réus recebem descontos em suas sentenças. A escolha entre esses equilíbrios depende da importância relativa dos erros do tipo I (condenar um réu inocente) e tipo II (não condenar um réu culpado) nas funções da polícia judiciária e do Ministério Público. Essa dinâmica ressalta a complexidade da negociação de acordos em casos com múltiplos réus, em que a justiça e a eficiência são considerações cruciais.

Independentemente do tipo de equilíbrio, as ofertas de acordo devem ser justas. Isso significa que réus mais culpados devem receber penas mais severas do que réus menos culpados, a menos que ambos sejam igualmente culpados. A noção de justiça nas ofertas de acordo é fundamental para garantir equilíbrios eficientes e equitativos no sistema de justiça criminal. Isso também contribui para a confiabilidade do sistema, evitando a condenação injusta de inocentes e garantindo que culpados recebam penas adequadas.

Contrariando a percepção comum de que a negociação de acordos pode enfraquecer a dissuasão do crime, **Berg e Kim**

(2018) demonstram que ela, na verdade, fortalece o efeito dissuasório (efeito deterrente da negociação de acordo). Isso ocorre porque a negociação de acordos permite ao Ministério Público e às autoridades policiais coletarem evidências incriminadoras por meio dos depoimentos dos investigados e réus. Mesmo no equilíbrio de agrupamento, em que ambos os réus recebem descontos, a ameaça de acordos de negociação mais duros atua como um mecanismo adicional de dissuasão. Isso destaca a importância da negociação de acordos como uma ferramenta eficaz para manter a segurança pública e desencorajar comportamentos criminosos.

Demais disso, o equilíbrio das ofertas contribui como a eficiência informacional na justiça criminal. A negociação de acordos melhora a eficiência ao fornecer informações cruciais para decisões judiciais mais precisas. Isso reduz a probabilidade de condenar réus inocentes (erro do tipo I) e de impor penas excessivamente severas a réus culpados (erro do tipo II). A obtenção de informações precisas por meio de negociações de acordos é essencial para garantir um sistema de justiça confiável e equitativo.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo.
Declaração de autoria: todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua totalidade.

Como citar (ABNT Brasil):

SIENA, D. P. B. Colaboração premiada e teoria dos jogos: Desafios estratégicos da investigação criminal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 32, n. 375, p. 22-25, 2024. DOI: 10.5281/zenodo.10552713. Disponível em:

Declaração de originalidade: o autor garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ele também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/933. Acesso em: 22 jan. 2024.

Notas

- 1 Conferir o acervo de peças jornalísticas do 'Museu da Lava Jato', disponível em: <https://museudalavajato.com.br/>.
- 2 No sistema jurídico dos Estados Unidos, existem várias espécies de *plea*, que são acordos entre o réu e o Ministério Público ou a acusação para resolver um caso criminal. (v.g. *guilty plea*, *not guilty plea*, *nolo contendere*

plea, *alford plea*, *plea bargain*). Contudo o instituto que mais se assemelha com a colaboração premiada, do sistema brasileiro, seria o instituto do *turn state's evidence*, pelo qual o investigado admite sua culpa e apresenta provas que possam incriminar coautores ou participantes do crime.

Referências

- ABEL, Jonathan. Cops and Pleas: Police Officers' Influence on Plea Bargaining. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 126, n. 6, p. 1600-1971, 2017. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/essay/cops-and-pleas-police-officers-influence-on-plea-bargaining>. Acesso em: 12 jan. 2024.
- BERG, Nathan; KIM, Jeong-Yoo. Plea bargaining with multiple defendants and its deterrence effect. *International Review of Law and Economics*, [s. l.], v. 55, p. 58-70, 2018. <https://doi.org/10.1016/j.irl.2018.04.002>
- BIBAS, Stephanos. Plea Bargaining Outside the Shadow of Trial. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 117, n. 8, p. 2463-2547, 2004. <https://doi.org/10.2307/4093404>
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Colaboração Premiada é favor legal, mas antiético. *Consultor Jurídico*, 10 jun. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-10/cezar-bitencourt-delacao-premiada-favor-legal-anti-etico/>. Acesso em: 12 jan. 2024.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Colaboração Premiada na "Lava Jato" está eivada de inconstitucionalidades. *Consultor Jurídico*, 4 dez. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato/>. Acesso em: 12 jan. 2024.
- BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A readequação dos procedimentos processuais penais em face da colaboração premiada. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 25, n. 296, p. 15-16, 2017.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Colaboração Premiada: posição contrária. *Carta Forense*, 2014.
- GAMBETTA, Diego. *Codes of the Underworld*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2009.
- GAROUPA, Nuno; STEPHEN, Frank H. Law and economics of plea bargaining.

- SSRN, [s.l.], 2006. <https://doi.org/10.2139/ssrn.917922>
- GROSSMAN, G.; KATZ, M. Plea bargaining and social welfare. *American Economic Review*, v. 73, n. 4, p. 749-757, 1983. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1816572>. Acesso em: 12 jan. 2024.
- LANDES, William M. An economic analysis of the courts. *Journal of Law and Economics*, v. 14, p. 61-107, 1971. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724858>. Acesso em: 12 jan. 2024.
- LEWISCH, Peter. Criminal procedure. In: MARCIANO, A.; RAMELLO, G. (Org.). *Encyclopedia of Law and Economics*. Nova York: Springer, 2000. p. 241-260.
- MARTINEZ-VAQUERO, L. A.; DOLCI, V.; TRIANNI, V. Evolutionary dynamics of organised crime and terrorist networks. *Scientific Reports*, v. 9, n. 9727, 2019. <https://doi.org/10.1038/s41598-019-46141-8>
- NAGEL, S. S.; NEEF, M. Plea Bargaining, Decision Theory, and Equilibrium Models: Part II. *Indiana Law Journal*, v. 52, n. 1, 1976b. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol52/iss1/1>. Acesso em: 12 jan. 2024.
- NAGEL, S. S.; NEEF, Marian. Plea Bargaining, Decision Theory, and Equilibrium Models: Part I. *Indiana Law Journal*, Bloomington, v. 51, n. 4, 1976a. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol51/iss4/2/>. Acesso em: 12 jan. 2024.
- SANT'ANNA, A. Parracho; GAVIÃO, Luiz Otávio; SANT'ANNA Thiago Lezan. Abordagem multicritério para a colaboração premiada. In: *Anais do Simpósio Brasileiro de Pesquisa Operacional*. Sociedade Brasileira Pesquisa Operacional: João Pessoa, 2020. Disponível em: <https://proceedings.science/sbpo-2020/papers/abordagem-multicriterio-para-a-delacao-premiada?lang=pt-br>. Acesso em: 12 jan. 2024.

Autor convidado

REFLEXÕES SOBRE GOVERNANÇA CORPORATIVA NA CBF: DA IMPRESINDIBILIDADE DE UM EFETIVO PROGRAMA DE COMPLIANCE

REFLECTIONS ON CORPORATE GOVERNANCE IN THE CBF: THE NECESSITY OF AN
EFFECTIVE COMPLIANCE PROGRAM

Taiguara Libano Soares e Souza

Doutor em Direito pela PUC-Rio. Professor de Direito Penal da UFF e do IBMEC. Especialista em *Compliance* pela Universidade de Coimbra. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0772405324793889>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9383-5901>

taiguaralsouza@gmail.com

Victor Bastos Ribeiro

Especialista em Direito Penal Econômico e Criminalidade Complexa pelo IBMEC. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela ADBConst. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3677350788570514>

ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-8334-0694>

victorbastosadv@outlook.com

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.10519837>

Resumo: O afastamento do presidente da Confederação Brasileira de Futebol (CBF) Ednaldo Rodrigues trouxe novamente à tona uma questão antiga que paira sobre a instituição, qual seja a legalidade e a legitimidade dos atos de seus gestores e a conformidade da instituição com os regulamentos internos, bem como normativas nacionais e internacionais. A falta de um processo eleitoral transparente, cumulada com a série de escândalos internos, coloca em xeque a credibilidade da instituição, maculando a imagem da CBF a nível mundial. Nessa perspectiva, discutem-se maneiras de resgatar o prestígio e o respeito da CBF, tarefa que não se demonstra nada fácil, porém alcançável.

Palavras-chave: CBF; Futebol brasileiro; Governança; *Criminal compliance*; Programa de integridade.

Abstract: The dismissal of the president of the Brazilian Football Confederation (CBF) Ednaldo Rodrigues has once again brought to light an old issue that hangs over the institution, namely the legality and legitimacy of its managers and the institution's compliance with national and international, standards. The lack of a transparent electoral process, added to a reality of internal scandals, affects CBF's image. There are lots of discussions about ways to bring back the prestige and respect of the CBF. This challenge is not easy, but is possible.

Keywords: CBF; Brazilian soccer; Governance; Criminal compliance; Integrity program.

A Confederação Brasileira de Futebol (CBF) é uma entidade central no contexto do futebol nacional e internacional. Porém, nos últimos anos, tem sido alvo de relevantes questionamentos sobre a legitimidade de seus líderes. Na atual conjuntura, Ednaldo Rodrigues, presidente interino da CBF desde a saída de Rogério Caboclo, enfrenta um déficit significativo de legitimidade e uma acirrada contenda jurídica em torno da cadeira presidencial.

O processo que levou à presidência interina de Ednaldo foi marcado por controvérsias. Sua ascensão ao cargo ocorreu em

um ambiente tumultuado, após Caboclo ser afastado por denúncias de assédio moral e sexual. Essas acusações geraram profundo abalo na gestão da entidade, lançando dúvidas sobre a integridade da instituição e comprometendo a credibilidade do seu novo presidente.

A falta de um processo eleitoral transparente também contribuiu para o déficit de legitimidade tanto para aquele que assumirá o cargo de presidente, como para a CBF enquanto instituição (Biografia [...], 2022).

A ausência de uma votação aberta e democrática levanta questionamentos sobre a representatividade de Ednaldo, bem como de sua capacidade de conduzir a CBF de forma ética e íntegra. O déficit de legitimidade na entidade também se deve à recorrência de eleições de “chapa única”, que comprometem a representatividade, e disputas de projetos, reduzindo o pleito a uma aparência de legalidade e legitimidade.

Causa espécie o fato de que o cargo de presidente da instituição que representa um dos celeiros mais prestigiados do futebol, com salário que supera a cifra de R\$ 300 mil (Saiba [...], 2023), não seja fruto de eleição com ampla concorrência. Carece de sentido que tamanhos prestígio e remuneração não suscitem o lançamento de múltiplas candidaturas.

Cumprе ressaltar que a discussão sobre os rumos da CBF é crucial não apenas sob o prisma desportivo, mas também pelo viés econômico. Nos dias de hoje, o futebol movimentа R\$ 52,9 bilhões na economia brasileira (quase 1% do PIB) e arrecada R\$ 761 milhões em impostos.

Assim como ocorreu com a gestão de Rogério Caboclo, a gestão de Ednaldo também é marcada por turbulências internas e já conta com pelo menos duas denúncias de assédio moral por parte de integrantes do alto escalão da instituição. Ednaldo é acusado de ter promovido perseguição de funcionários não alinhados aos seus interesses, demissões em massa e contratações com valores questionados, a exemplo do custo mensal de R\$ 80 mil com segurança pessoal (Rizzo; Oliveira, 2023).

Outro episódio que merece atenção se refere ao ex-Diretor de Tecnologia da Informação (TI) Domingos Torres, que igualmente foi alvo de abuso de poder e assédio moral. O ex-funcionário assinava como Diretor de TI, exercia função e tinha poder de decisão de Diretor de TI, mas era remunerado como Gerente de TI. É digno de nota mencionar que esse mesmo Diretor, em 11 de junho de 2023, realizou denúncia na Comissão de Ética da CBF, reivindicando melhorias na remuneração pessoal, em equipamentos e condições de trabalho. A denúncia foi acolhida em 12 de junho de 2023 e, ato contínuo, em 14 de junho de 2023, o Diretor foi demitido e a denúncia (sigilosa) vazada aos meios de comunicação (Prado, 2023). Em 18 de junho de 2023, Ednaldo, através da assessoria jurídica da CBF, apresentou notícia-crime em face do referido ex-Diretor, sendo certo que na oportunidade o processo administrativo na Comissão de Ética sequer tinha sido encerrado.

Em caso mais recente, a ex-Diretora de Patrimônio da CBF Luísa Rosa¹ afirmou ter sido “assediada” e “humilhada”² pelo presidente Ednaldo Rodrigues, oportunidade em que alega ter sofrido assédio moral, sexual, desprestígio e desrespeito. A acusação foi protocolada como notícia de infração em 7 de janeiro de 2024, junto à Comissão de Ética da CBF, oportunidade em que também requereu o afastamento imediato do presidente da entidade esportiva. A ex-Diretora assevera que o assédio aos funcionários é “uma regra de conduta da CBF comandada por Ednaldo”, havendo, inclusive, supostamente um “forte esquema de espionagem para monitorar os funcionários”. Assevera ainda a ex-Diretora que o assédio sexual era tamanho, dado o ambiente preponderantemente machista, sendo frequentemente destilados “elogios” a sua beleza e “convites” não profissionais, que “teve que solicitar o recebimento de auxílio-alimentação para deixar de almoçar com os demais diretores da CBF, dado que não suportava mais desrespeito que presenciava durante as refeições”. Luísa Rosa foi demitida em 4 de janeiro de 2024 após relatar à Comissão de Ética da CBF fatos com os quais discordava da atual gestão (Ex-diretora [...], 2024).

Não restam dúvidas de que, em instituições do porte da CBF, faz-se necessário um rigoroso programa de *compliance* com vistas a efetivar um conjunto de boas práticas e conformidade com os regulamentos e as normas nacionais e internacionais. Mais do que nunca os princípios da legalidade, moralidade e transparência devem ser respeitados.

Os escândalos mais antigos na entidade, especialmente na gestão de Ricardo Teixeira como presidente, davam conta de

crimes de corrupção e lavagem de dinheiro. Já o conturbado cenário recente da instituição narra condutas em tese amoldadas aos tipos penais de assédio sexual (art. 216-A do CP), perseguição (art. 147-A do CP), violência psicológica contra a mulher (art. 147-B do CP) e mesmo denunciação caluniosa (art. 339 do CP) e crimes contra a honra (arts. 138 a 140 do CP), além de ilícitos civis, como assédio moral e desvio de função no trabalho. A implementação de um efetivo programa de *compliance* permite não apenas mitigar a prática de condutas impróprias no ambiente corporativo, como também instituir um canal transparente de recebimento de denúncias, propiciando melhores condições para responsabilização dos autores.

Hodiernamente, órgãos reguladores, patrocinadores e opinião pública têm exigido mudanças significativas na estrutura e na governança das instituições. No que se refere à CBF, não pode ser diferente. É crucial destacar que a Confederação, como entidade representativa do futebol nacional, está sujeita às regras estabelecidas por organismos internacionais, como a Fifa e a Conmebol. Possíveis irregularidades que violem os regulamentos dessas entidades podem acarretar sanções e repercussões não apenas em âmbito nacional, mas também em contexto internacional, afetando a participação e a imagem do futebol brasileiro no cenário global.

O imbróglіo jurídico em torno da cadeira da presidência da CBF parece estar longe de terminar. Ednaldo estava afastado do cargo desde 7 de dezembro de 2023, em virtude de decisão judicial proferida na Ação Civil Pública 0186960-66.2017.8.19.0001 pela 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ). Na ação movida por ex-dirigentes da CBF, a Justiça Estadual julgou ilegal um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) firmado com o Ministério Público do Rio de Janeiro (MPRJ) em março de 2022 que havia garantido a permanência de Ednaldo Rodrigues no cargo de presidente por quatro anos. A decisão judicial considerou que o MPRJ não poderia interferir nos assuntos internos da confederação, uma entidade privada. O julgado resultou na destituição imediata de Ednaldo e determinou que a CBF convocasse novas eleições em um prazo de 30 dias. Ademais, nesse ato, nomeou-se interinamente para o cargo pelo período, como interventor, o presidente do Superior Tribunal de Justiça Desportiva, José Perdiz de Jesus. A defesa de Ednaldo interpôs recurso perante o Superior Tribunal de Justiça. Todavia a Ministra Presidente do STJ Maria Thereza de Assis Moura negou seguimento ao recurso que pretendia reverter o afastamento de presidente da entidade (Rejeitado [...], 2023).

Noutro giro, a assessoria jurídica do Partido Social Democrático ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 1.110 com pedido liminar perante o Supremo Tribunal Federal (STF), na qual pleiteia-se o reconhecimento da legitimidade do Ministério Público para a celebração do TAC, visando regular situação que afeta o interesse público e a sociedade. O partido também sustenta que a nomeação de um interventor na CBF viola a autonomia das entidades de prática desportiva. Em contrapartida, os ex-vice-presidentes da Confederação Gustavo Feijó e Castellar Guimarães Neto, através de seus patronos, interpelaram o Ministro do STF André Mendonça, relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, para que rejeite a ação, sustentando a legalidade da decisão do TJRJ que afastou do cargo o atual mandatário da CBF. Nessa esteira, o Ministro Mendonça indeferiu a medida de urgência que buscava reverter o afastamento de Ednaldo Rodrigues da presidência da CBF, sob o argumento de que estavam ausentes os requisitos capazes de justificar a concessão de liminar, asseverando que o processo já tramitava por seis anos no juízo da 21ª Câmara de Direito Privado do TJRJ sem a vigência de nenhuma medida de urgência (STF mantém [...], 2023).

Todavia, em paralelo aos processos supramencionados, o Partido Comunista do Brasil (PCdoB), ajuizou a Ação Direta de Constitucionalidade (ADI) 7.580, que almejava a interpretação conforme a Constituição das normas contidas no §2º do art. 4º

da Lei 9.615/1998, e do arts. 26, caput e §§1º e 2º, 27, 28 e 142, caput e §§ 1º e 2º da Lei 14.597/2023 de modo a assentar a:

não intervenção do Poder Judiciário em questões *interna corporis* das entidades desportivas, e, bem como a legitimidade do MP, celebrar, autonomamente, sem a interferência do Poder Judiciário, TACs, que tenham implicação direta ou indireta, na prestação do serviço do consumidor da atividade esportiva (Brasil, 2024, p. 1).

Liminarmente, requereu-se a suspensão da decisão do TJRJ e das demais decisões que, especialmente, haviam destituído Ednaldo Rodrigues e outros dirigentes eleitos pela Assembleia Geral Eleitoral da CBF em março de 2022, debruçando-se em supostos danos graves e irreparáveis que o afastamento poderia causar à coletividade, uma vez que a Fifa e a Conmebol, entidades que regulam o futebol a nível mundial e sul-americano, respectivamente, não reconhecem o interventor nomeado pelo TJRJ como representante legítimo da entidade, de modo que nenhum documento oficial firmado exclusivamente por ele seria reconhecido, sendo certo que o Brasil poderia ficar fora do torneio pré-olímpico, que teria suas inscrições encerradas em 5 de janeiro de 2024.

Neste sentido, em 4 de janeiro de 2024, o Ministro Relator Gilmar Mendes, nos termos iniciais da ação, concedeu a medida de urgência, restabelecendo Ednaldo Rodrigues ao cargo, e suspendendo decisões que tenham afirmado a ilegitimidade do Ministério Público para aferir sobre temas que envolvam entidades desportivas no país até a decisão do Supremo. (STF determina [...], 2024). O processo, neste momento, segue para apreciação do Plenário, que julgará o mérito da questão.

Chama atenção o interesse de diversos partidos políticos na restituição de Ednaldo e em pautas decisórias da CBF (Panho, 2024).³

A lide em questão representa um importante ponto de inflexão. O afastamento ou a manutenção do presidente da CBF Ednaldo Rodrigues suscita debates não apenas sobre os aspectos estatutários da entidade, mas também sobre a necessidade de transparência, ética e conformidade com regulamentos e legislação, a fim de promover uma gestão responsável e íntegra no âmbito esportivo brasileiro.

Ademais, vale rememorar que foi suscitado pelo MPRJ na ação originária o questionamento sobre o estatuto da confederação estar em desacordo com a Lei Pelé (Lei 9.615/1998), uma vez que prevê pesos diferentes para federações e clubes das séries A e B no que tange à participação nas eleições da entidade. Atualmente, os dirigentes das 27 federações estaduais têm peso 3 na votação, os 20 clubes da Série A possuem peso 2 e os 20 clubes da série B, peso 1. Algo que merece atenção no que se refere à observância dos princípios da igualdade e da legalidade no que tange ao processo eleitoral da entidade desportiva.

Podemos estar diante de oportunidade singular para a promoção de reformas institucionais que possam resgatar a legitimidade e a credibilidade da CBF. Faz-se urgente e necessária a afirmação institucional de comprometimento com a ética, a transparência e as boas práticas corporativas. A realização de eleições democráticas e a implementação de políticas de responsabilidade e integridade tornam-se cruciais para a reconstrução da imagem da CBF e para legitimação da liderança de quem venha a ocupar a cadeira de umas das mais prestigiadas instituições futebolísticas do mundo. O déficit de legitimidade da CBF é um desafio complexo, mas não insuperável. A busca por uma gestão transparente, ética e inclusiva é fundamental para resgatar a confiança dos envolvidos e promover mudanças positivas no cenário do futebol brasileiro.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: os autores confirmam que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua

totalidade. **Declaração de originalidade:** os autores garantiram que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; eles também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil):

SOUZA, T. L. S.; RIBEIRO, V. B. Reflexões sobre a governança corporativa na confederação brasileira de futebol: a imperativa necessidade de um efetivo programa de *compliance*. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 32, n. 375, p. 26-

28, 2024. DOI: 10.5281/zenodo.10519837. Disponível em: https://publicaco.es.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/915. Acesso em: 16 jan. 2024.

Notas

- 1 Diretora no período compreendido entre junho de 2020 até julho 2023.
- 2 A Ex-diretora cita ao menos sete casos de assédio e humilhação: (i) proposta da Fifa, onde foi impedida de trabalhar; (ii) redução de equipe e esvaziamento de atribuições; (iii) jogada de marketing em que o presidente visava se promover como paladino da luta pela paridade e luta de gêneros, o que não é verdade; (iv) comentários misóginos e inconvenientes; (v) "elogios" e convites não profissionais; (vi) tratamentos psicológicos e

psiquiátrico em virtude dos assédios sofridos em um ambiente preponderantemente machista; (vii) demissão após consulta à Comissão de Ética sobre fato que discordava veementemente.

- 3 Nota-se, a título de ilustração, que na ADI 7.580 movida pelo PCdoB, o secretário-geral Alcino Reis Rocha, ligado ao partido, também será reconduzido ao posto.

Referências

BIOGRAFIA do Presidente - Ednaldo Rodrigues. *Confederação Brasileira de Futebol*, 23 mar. 2022. Disponível em: <https://www.cbf.com.br/a-cbf/institucional/presidente-biografia/biografia-do-presidente>. Acesso em: 31 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar da ADI nº 7.580 DF*. Relator Ministro Gilmar Mendes, decisão proferida em 04.01.24.

EX-DIRETORA da CBF diz ter sido assediada e humilhada por Ednaldo. *PODER360*, 8 jan. 2024. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/esportes/ex-diretora-da-cbf-diz-ter-sido-assediada-e-humilhada-por-ednaldo>. Acesso em: 8 jan. 2024.

PANHO, Isabella Alonso. Por que o PCdoB brigou para reconduzir Ednaldo Rodrigues ao comando da CBF. *Veja*, 4 jan. 2024. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/maquiavel/por-que-o-pcdob-brigou-para-reconduzir-ednaldo-rodrigues-ao-comando-da-cbf>. Acesso em: 7 jan. 2024.

PRADO, Paulo Cezar de Andrade. Após publicação do Blog do Paulinho, CBF demite Diretor que denunciou corrupção do Presidente. *Blog do Paulinho*, 16 jun. 2023. Disponível em: <https://blogdopaulinho.com.br/2023/06/16/apos-publicacao-do-blog-do-paulinho-cbf-demite-diretor-que-denunciou-corrupcao-do-presidente/>. Acesso em: 8 jan. 2024.

REJEITADO novo pedido para suspender decisão da Justiça do RJ que trocou

comando da CBF. *Superior Tribunal de Justiça Notícias*, 22 dez. 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portals/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/22122023-Rejeitado-novo-pedido-para-suspender-decisao-da-Justica-do-RJ-que-trocou-comando-da-CBF.aspx>. Acesso em: 31 dez. 2023.

RIZZO, Marcel; OLIVEIRA, Luccas. CBF demite diretora que fez denúncia de assédio moral; substituta já foi anunciada. *CNN Brasil*, 5 jul. 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/esportes/cbf-demite-diretora-que-fez-denuncia-de-assedio-moral-substituta-ja-foi-anunciada/>. Acesso em: 31 dez. 2023.

SAIBA quanto ganha o presidente da CBF. *Bandeirantes*, 7 dez. 2023. Disponível em: <https://www.band.uol.com.br/esportes/saiba-quanto-ganha-o-presidente-da-cbf-16652709>. Acesso em: 31 dez. 2023.

STF DETERMINA retorno de Ednaldo Rodrigues à presidência da CBF. *Supremo Tribunal Federal Notícias*, 4 jan. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=523874&ori=1>. Acesso em: 7 jan. 2024.

STF MANTÉM afastamento do presidente da CBF, Ednaldo Rodrigues. *Supremo Tribunal Federal Notícias*, 26 dez. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=523325&ori=1>. Acesso em: 31 dez. 2023.

Autores convidados

REINCIDÊNCIA: CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE OU ATENUANTE? UM DEBATE PELA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

RECIDIVISM: AGGRAVATING OR MITIGATING CIRCUMSTANCES? A DEBATE THROUGH
CRITICAL CRIMINOLOGY

Gabriel Moura Caires Brilhante

Graduando em Direito pela UFBA. Membro do grupo de pesquisa sobre Justiça Restaurativa da UFBA.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6203199908899926>

ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-3272-8139>

gabrielmcbilhante@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.10514634>

Resumo: A reincidência como circunstância agravante não é um tema controverso dentro do seio jurídico, mas as consequências político-criminais do corrente uso do instituto ao País e a atual precariedade da estrutura carcerária faz com que seja repensado, mesmo para saber se ele cumpre com os fins da pena. Para tal, é preciso pôr na balança a teoria jurídica predominante e comparar com a realidade fática, engendrando dessa análise novas possibilidades de mudança. Sob a luz da criminologia crítica, junto à consulta em doutrinas, legislações e jurisprudências, reflete-se acerca da ideal e da real função da reincidência, propondo um uso alternativo do instituto.

Palavras-chave: Reintegração social; Racionalidade penal moderna; *Non bis in idem*; Teorias da pena.

Abstract: Recidivism as an aggravating circumstance is not a controversial topic within the legal framework, but the political-criminal consequences of its current use in the country and the actual precariousness of the prison structure invite a reflection about it, even to know if it fulfills the purposes of the punishment. To do so, it is necessary to weigh the prevailing legal theory and compare it with the factual reality, creating from this analysis new possibilities of change. Through critical criminology, together with consultation of doctrine, legislation and jurisprudence, reflection is made on the ideal and real function of recidivism, proposing an alternative use of the institute.

Keywords: Social reintegration; Modern criminal rationality; *Non bis in idem*; Theories of punishment.

1. Introdução

O debate por uma estrutura de justiça cada vez mais humana é eterno desde o seu nascimento. A bem da verdade, a instituição prisão é irmã gêmea do seu projeto de reforma, o chamado "isomorfismo reformista", como destaca o filósofo **Michel Foucault** (1987). Nesse contexto, um bom debate envolvendo uma reforma humanitária do sistema deve ser feito em relação à reincidência.

Para tal, no primeiro tópico é feito um diálogo sobre o atual sistema de justiça e o respectivo instituto, dando enfoque ao

aspecto criminogênico¹ do cárcere. Em seguida, o segundo tópico discute acerca da tese dominante referente à reincidência e das teorias finalísticas da pena, como tentativa do Estado de legitimar sua atuação, supostamente visando desestimular a prática de novos delitos.

Para o desenvolvimento do debate, foi indispensável o uso de revisão bibliográfica — especificamente doutrinas especializadas de importantes juristas da seara penal —, bem como análise legislativa — pátria e estrangeira — e jurisprudencial sobre a temática.

Por fim, demonstra-se que a realidade é incompatível com a pretensão ideal perquirida pela reincidência, que seria a de desestimular o crime mediante um asseveramento da punição. Na verdade, deveria ser proposta enquanto atenuante, reflexo da atuação deficitária e opressora do Estado na seara criminal.

2. A racionalidade penal moderna e criminogênica

A moderna teoria penal adota o seguinte raciocínio para tratar da criminalidade: em primeiro momento, entende-se que a pena é um mal necessário contra o crime, caracterizando a teoria retributiva da pena. As teorias preventivas, por sua vez, dão à justiça uma razão de ser para além da retribuição vingativa, buscando agora prevenir a ocorrência dessas últimas.

Para tal, vale-se dos pressupostos da chamada prevenção geral, distribuída entre a função de educar e intimidar a população através do exemplo da punição (função negativa), por um lado, e entre a construção de uma legitimidade e confiança no sistema através da certeza da punição (função positiva), por outro.

Em um segundo aspecto, a prevenção especial finda a neutralização de quem comete crime (função negativa), para que não mais possa delinquir, materializada na forma do cárcere, e a reintegração social² desse sujeito (função positiva).

Essas teorias legitimam o Direito Penal e cristalizam a chamada racionalidade penal moderna. O termo, definido cirurgicamente pelo professor **Álvaro Pires** (2004), retrata a naturalização da estrutura normativa formulada pelo Direito Penal e a transformação da punição em uma obrigação e necessidade. A pena é intangível e imprescindível.

A reincidência incorpora e reproduz a referida racionalidade, pois sua computação na dosimetria da pena é substancial. Ela retribui o mal do crime e, também, atua neutralizando o indivíduo e intimidando a população, concretizando as funções negativas preventivas.

Tendo essa construção teórica como verdade evidente, quando se parte para o plano social concreto, percebe-se, na verdade, o efeito contrário: a prisão, aparentemente contra o crime, acaba causando-a. No lugar de reintegrar, operacionaliza uma dessocialização.

3. Reincidência no sistema penal: construção abstrata

A reincidência é a prática de novo crime após trânsito em julgado de uma sentença condenatória por crime anterior, conforme dita o art. 63 do Código Penal (CP).³ Depreende-se que o instituto é, em essência, a frustração do prognóstico ressocializador da pena, precisamente da prevenção especial positiva. Logo, o esperado anseio do sistema em corrigir o indivíduo não ocorre, a expectativa não é suprida.

É óbvio que também significa uma tentativa de desestimular novo crime, pois funciona como mecanismo punitivo. A nível de exemplo, podem-se citar duas configurações dentro da legislação: é uma circunstância agravante (art. 61, CP), aumentando o tempo de pena, e um óbice à concessão do *sursis* da pena (art. 77, inc. I, CP).

Nesse íterim, repara-se, por admitir que o sistema penal é um lugar adequado à reintegração social, a quebra dessa esperança em relação ao indivíduo que volta a delinquir desemboca na solução de considerar a reincidência uma circunstância agravante. A ideia consiste na valoração social negativa dada à insistência no erro. Persistir no erro é cometê-lo três vezes.

Pior, fundado na suposta ideia de que a prisão o ressocializou, a ocorrência de novo crime significaria uma periculosidade agravada, pois o indivíduo não aprendeu a lição, a *ultima ratio* não foi o suficiente. Apreende-se da sua figura a visão de um ser quase incontrolável, que não se arrependeu, justificando a medida.

Contudo, como se verá, a realidade não é o resultado das pretensões humanas cristalizadas na legislação, ainda que sejam benevolentes. A reincidência, tal como é posta, já engendrou algumas controvérsias no cenário jurídico brasileiro mesmo atualmente, ora reputado inconstitucional por ferir o princípio da individualização da pena e do *non bis in idem*,⁴ ora intocável e válido, sendo essa última tese a perpetuada.

O Recurso Extraordinário 453.000 é de ilustre exemplo para demonstrar os supostos objetivos construídos pela racionalidade penal moderna e encarregados à reincidência para cumpri-los. Assim justifica o Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o instituto, arguindo por constitucional a reincidência:

O maior juízo de censura decorre da opção do agente por continuar a delinquir e justifica a exasperação da pena na nova condenação. Merece maior censura, na fase de fixação da pena, o agente que já praticou anteriormente outro crime, já que o fato revela maior propensão à prática delitativa e o apenamento anterior não foi suficiente para prevenir e reprimir o crime (Brasil, 2013, p. 15).

Tal é o entendimento unânime da Suprema Corte, seguida em generalidade pelos demais tribunais brasileiros. Se há conflitos teóricos contemporaneamente, pode-se apontar um envolvendo a possibilidade de compensação entre a reincidência e a atenuante da confissão espontânea,⁵ ou da preponderância dessa agravante em face da mesma atenuante.⁶ Porém, em termos de jurisprudência e legislações, não se avançou o suficiente acerca da natureza da reincidência enquanto atenuante, tema a ser melhor delineado no tópico abaixo.

4. Reincidência no sistema penal: construção concreta

Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis (1993, p. 72) têm uma passagem em seu livro "Penas perdidas: sistema penal em questão" que ilustra o corrente e derradeiro funcionamento do sistema de justiça criminal:

Para o encarcerado, o sofrimento da prisão é o preço a ser pago por um ato que uma justiça fria colocou numa balança desumana. E, quando sair da prisão, terá pago um preço tão alto que, mais do que se sentir quite, muitas vezes acabará por abrigar novos sentimentos de ódio e agressividade. [...] O sistema penal endurece o condenado, jogando-o contra a ordem

social' na qual pretende reintroduzi-lo, fazendo dele uma outra vítima.

Também é oportuna a explicação dada pela jurista **Raquel Tiveron** (2017, p. 18) quando diz:

Ao invés de desempenhar suas funções jurídicas declaradas, a pena de prisão opera numa eficácia invertida, que, no lugar de reduzir a criminalidade, incrementa-a, pois o contato com outros presos no cárcere propicia oportunidades para mais práticas criminosas, à medida que consolida valores delitivos, gerando a reincidência.

Aí se assenta o aspecto criminogênico do cárcere, espelhado na denominada "eficácia invertida", categoria proferida pelo professor **Juarez Cirino dos Santos** (2005, p. 5), que assim conclui: "em lugar de reduzir a criminalidade, introduz os condenados em carreiras criminosas, produzindo reincidência e organizando a delinquência".

É axiomática a difícil realidade social, marcada por uma estrutura superencarcerada e de precárias condições, de forma generalizada. Poder-se-ia até citar a Arguição de Preceito Fundamental 347,7 de 2015, como modelo, mas o seguinte relato, da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário, traz o impacto necessário, e concretamente delimitado, para o texto:

É que a cela, de 5x5, abriga quase setenta homens. Dentro dela havia um banheiro e, para que coubessem mais homens (que dormem no chão), as paredes do banheiro foram derrubadas e a privada ficou no meio da cela, à mostra, obrigando os apenados a passar pelo vexame de ficarem como numa vitrine, enquanto usam o "banheiro". [...] depois de usar as privadas, os detentos não têm água para lavar as mãos, nem sequer para jogar água na privada (Brasil, 2009, p. 196).

Vislumbra-se um ambiente tortuoso. Retornando a **Hulsman e Celis** (1993), vê-se o porquê de o sistema conseguir endurecer e fazer nascer no indivíduo um sentimento de ódio. Se não for o suficiente para provar, o experimento de aprisionamento em Stanford, 1971, pode demonstrar melhor.

Nele, diversas pessoas foram pagas para simular um cenário da prisão, alguns como agentes penitenciários, outros como prisioneiros. Em pouco tempo, percebeu-se alterações psíquicas e emocionais nos indivíduos, principalmente quanto ao desenvolvimento da agressividade. A prisão os tornou mais violentos.

Ademais, a partir de **Santos** (2008, p. 484), a pessoa é afastada do convívio familiar, afetivo e social; sofre com a estigmatização subjetiva, ou seja, é alvo de preconceitos por parte da sociedade. Adiciona-se, sofre com a desclassificação objetiva, visto que terá dificuldades em arranjar emprego e oportunidades, além de outras consequências negativas. O autor articula e arremata:

Se a prevenção especial positiva de correção do condenado é ineficaz, e se a prevenção especial negativa de neutralização do condenado funciona, realmente, como prisionalização deformadora da personalidade do condenado, então a reincidência real não pode constituir circunstância agravante (Santos, p. 580).

Essa é uma das conclusões de **Foucault** (1987, p. 293): "A detenção provoca a reincidência; depois de sair da prisão, se têm mais chance que, antes de voltar para ela, os condenados são, em proporção considerável, antigos detentos".

A prisão é criminogênica e a reincidência, ao agravar a situação do condenado, reinserindo no ciclo de violência carcerário com mais punição, também perpetua a opressão. Esse é seu funcionamento real, em contraste com os argumentos dominantes. Tais proposições induzem à conclusão de que é imperativo reconfigurar a reincidência enquanto uma circunstância atenuante, pois só assim estaria próxima de concretizar uma finalidade humanística, reintegradora e desencarcerizadora, que tanto diz perseguir.

Conjunto aos aportes teóricos apresentados como base para fundamentar a reincidência enquanto atenuante, é pertinente demonstrar como já foi e é concebida a reincidência nas legislações oficiais. No Código Penal Argentino, art. 50 (Argentina, 1984), a reincidência é excluída em determinados tipos penais, a depender da conduta ou das características do agente. Na Colômbia, a reincidência é um indiferente penal.⁸

No âmbito nacional, é interessante refletir sobre o caso envolvendo o Instituto Plácido de Sá Carvalho, objeto da Resolução 39 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 2018. Nesse caso, presenciada a situação degradante do presídio, acarretando denúncias perante a Corte Interamericana, medidas despenalizadoras foram impostas, sendo o cômputo em dobro dos dias de pena a mais notável delas.

Tais disposições vieram como esforço contra o encarceramento em massa e para mitigar a reincidência. Se contra esses problemas foi necessário o empenho epopeico de dirimir o tempo de pena dos egressos pela metade, há de se concluir que a disputa sobre o efeito atenuante da reincidência é muito mais palatável, concreto e menos dificultoso de se tecer.

5. Considerações finais

Pelo exposto, denota-se a incongruência entre a normativa dominante e a realidade fática e cruel da prisão, algo já muito trabalhado pela teoria agnóstica da pena, sobretudo por autores como Eugenio Zaffaroni e Nilo Batista. Para além disso, há uma cortina pretensiosa de legalidade utilizada para ocultar um sistema opressivo e brutal, como teoriza a corrente abolicionista e materialista.

A reincidência é, quando se olha para a cortina, uma proposta de prevenir a criminalidade ao agravar a pena e obstaculizar o ganho de certos benefícios, penalizando o erro repetido que a prisão hipoteticamente ensinou a não cometer. Intimida a

população pelo exemplo e neutraliza o indivíduo que novamente delinque. Não deixa de ser, aliás, uma retribuição intrínseca à pena.

O que está atrás dos panos é justamente a perpetuação de uma justiça deformadora do ser, onde o Estado falha em cumprir um objetivo que nunca se comprometeu a fazer. Portanto, somente é alcançável um projeto de reinserção com uma análise coerente de seu instituto junto a um funcionamento mais adequado da

justiça. Em observância a isso, essa falha deveria ser uma circunstância atenuante.

A reincidência é um indício de que o Estado, quando atuou, acabou por piorar o problema em vez de resolvê-lo. A ideia é afastar o sistema da realidade das pessoas, a fim de que outras alternativas sejam usadas e, primordialmente, que o fim da criminalidade se dê mediante o desenvolvimento social e verdadeiramente democrático. Essa é, por ora, uma proposta coerente, reintegradora e humanizada.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo.

Declaração de autoria: todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua totalidade.

Declaração de originalidade: o autor garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ele também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil):

BRILHANTE, G. M. C. Reincidência: circunstância agravante ou atenuante? Um debate pela criminologia crítica. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 35, n. 375, p. 29-32, 2024. DOI: 10.5281/zenodo.10514634. Disponível em:

https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/740. Acesso em: 15 jan. 2024.

Notas

- 1 Nesse diapasão, a prisão é produtora de criminalidade, questão a ser aprofundada no tópico 4.
- 2 Utilizar-se-á tal termo seguindo a tradição combativa da criminologia crítica, que contesta o uso da palavra “ressocialização”.
- 3 Adicionando, no próprio art. 61, é elucidativo o papel da reincidência como circunstância agravante.
- 4 Discussão essa conexa com a Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), preceituando que a reincidência não pode ser considerada circunstância judicial e circunstância agravante concomitantemente (Brasil, 2000).
- 5 Entendimento adotado pelo STJ no Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 653.557/SP. Na hipótese de multirreincidência, todavia, a agravante sobressairá, sendo possível a compensação proporcional. Compreende-se

que não deve conferir maior desvalor à conduta reincidente.

- 6 Tese do STF no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 141.519/SC.
- 7 Proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), foi uma ação que marcou o cenário jurídico brasileiro, pois houve o reconhecimento, pela Suprema Corte, das prisões enquanto um estado de coisas inconstitucional. A própria ação se justifica, dentre os vários argumentos, demonstrando as altas taxas de reincidência (70%), reforçando o caráter criminogênico da prisão.
- 8 Pode-se citar, por fim, que na já extinta União Soviética, a título de amostra, havia a hipótese de desqualificação do instituto como circunstância agravante a depender do caráter do delito anterior — art. 34 do Código Penal (URSS, 1959). A despeito da conjuntura histórica, é um exemplo que torna a discussão inteligível, merecendo a menção.

Referências

ARGENTINA. *Lei n.º 11.179*. Código Penal da Nação Argentina. Buenos Aires: 1984. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#9>. Acesso em: 7 dez. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. *CPI sistema carcerário*. Brasília, DF: Edições Câmara, 2009. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 2 set. 2023.

BRASIL. *Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 31 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/def2848compilado.htm. Acesso em: 2 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 241*. Rel. Min. Edson Vidigal. Brasília: STJ, 2000. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_18_capSumula241.pdf. Acesso em: 9 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 347*. Rel. Min. Marco Aurélio. DJE: 11 set. 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 9 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Recurso Extraordinário 453.000/RS*. Rel. Min. Marco Aurélio. DJE: 4 abr. 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614110>. Acesso em: 7 dez. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução 18, de 22 de novembro de 2018*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf. Acesso em: 9 dez. 2023.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução: Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 68, n. 1, p. 39-60, 2004. Disponível em: <https://novosestudos.com.br/produto/edicao-68/#591bd3f08a6b5>. Acesso em: 9 dez. 2023.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *30 anos de Vigiar e Punir (Foucault)*. 11º Seminário Internacional do IBCCRIM. São Paulo. 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 3 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

TIVERON, Raquel. *Justiça Restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal*. Brasília, DF: Trampolim, 2017.

URSS. *Código Penal Soviético: parte geral*. Tradução: C. S. Bustamante. Rio de Janeiro: Contemporâneas, 1959. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1664/81199.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2023.

Recebido em: 14.09.2023 - Aprovado em: 21.11.2023 - Versão final: 14.01.2024

RACISMO ESTRUTURAL NA GUERRA ÀS DROGAS: O CASO DO *HABEAS CORPUS* 208.240/SP E A JURISPRUDÊNCIA ESTADUNIDENSE

STRUCTURAL RACISM ON WAR ON DRUGS: THE HABEAS CORPUS 240,208/SP AND THE UNITED STATES JURISPRUDENCE

Rafael Ferreira de Albuquerque Costa

Pós-graduado em Direito Criminal Contemporâneo pela FGV-Rio. Graduado em Direito pelo IBMEC/RJ. Coordenador da Comissão de Direitos Humanos da OAB/RJ. Membro do IBCCRIM. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7397790000191236>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7354-8347>

rafael@fdaadvogados.com.br

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.10530152>

Resumo: Este artigo pretende, através de revisão bibliográfica e consulta jurisprudencial, traçar um paralelo entre o movimento da jurisprudência estadunidense em matéria de busca pessoal em delitos de drogas e a discussão sobre o perfilamento racial no Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 208.240/SP. A importância dessa reflexão se justifica no rigor dos Estados Unidos com relação à guerra às drogas e uma de suas consequências: a maior população carcerária do mundo. O resultado do julgamento pode indicar os rumos da já delicada situação prisional do Brasil.

Palavras-chave: Encarceramento em massa; Fundada suspeita; Perfilamento racial.

Abstract: This article aims to compare the American jurisprudence on personal searches related to felony drugs and the discussion about racial profiling at the Brazilian Supreme Court through the *Habeas Corpus* 208,240/SP. The work's methodology girded bibliographic and jurisprudential review. The strict policy and laws about drugs in the United States, which led them to the largest incarcerated population in the world, reveal the importance of that matter. The trial's result may indicate the delicate prison situation paths in Brazil.

Keywords: Mass incarceration; Reasonable suspicion; Racial profiling.

1. Introdução

Não é de hoje que o racismo estrutural, ou institucional, isto é, o engendramento das desigualdades de raça no seio das instituições públicas e privadas (Bento, 2022, p. 69) e sua permeabilidade no sistema de justiça criminal são conhecidos, consistindo em uma faceta ainda mais cruel da seletividade penal. Os dados públicos já muito exauridos pelo discurso crítico da academia demonstram que mais de dois terços da população carcerária brasileira é negra e que esse percentual tende a aumentar em vista do levantamento contido no Anuário de Segurança Pública, que registra que, de 2020 para 2021, o percentual de pessoas negras encarceradas aumentou em 7,8%, ao passo que a taxa de pessoas brancas encarceradas decresceu 5,3% (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022, p. 388). Além disso, a população carcerária brasileira é a terceira maior do mundo, já superando a marca de 800 mil pessoas presas (Lagreca; Barros; Sennes, 2022, p. 396).

Recentemente, um novo dado retomou a urgência desse problema: uma pessoa negra morre a cada quatro horas vítima de intervenção policial, como aponta o relatório da Rede de Observatórios, em oito estados (RJ, BA, CE, MA, PA, PE, PI e SP) (Ramos et al., 2023). Malgrado a atuação das agências

executivas do sistema penal, notadamente das polícias, já fossem conhecidas por violarem direitos da população marginalizada e agirem habitualmente com truculência, o número divulgado sensibiliza ainda mais sobre a questão, pois, além de favorecer o encarceramento majoritário de pessoas negras, compromete-lhes o direito à vida.

O racismo no sistema de justiça criminal também se evidencia nas buscas pessoais respaldadas sob a "fundada suspeita". Essa discussão foi levada ao Supremo Tribunal Federal pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo para que fosse analisada a prática do perfilamento racial na busca pessoal e a ilicitude da prova obtida a partir dessa abordagem policial. A denegação da ordem pode gerar um efeito sistêmico perigoso que contribuirá para o aumento do encarceramento, tal qual ocorreu nos Estados Unidos.

2. O caso do Habeas Corpus 208.240/SP e o perfilamento racial

Em linhas gerais, a ação constitucional discute a litude de uma prova obtida em busca pessoal, sob o resguardo jurídico da "fundada suspeita", em razão de um indivíduo negro estar em pé perto de um veículo, tendo sido encontrados 1,53 grama de

droga. A condenação superou os sete anos de prisão em regime fechado, sendo confirmada pelo tribunal estadual.

Independentemente do mérito da impetração, é de se observar o rigor com que o tráfico de drogas é tratado quando se cuida de uma pessoa negra com quantidade pequena de droga. Esse aspecto acerca da quantidade de droga e da tipificação do crime de tráfico de entorpecentes foi inclusive objeto de deliberação do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 635.659, sem afetar, contudo, o julgamento da ação constitucional em questão.

No curso do julgamento, sobressaíram as declarações da Vice-Procuradora-Geral da República na sustentação oral do parecer que opinava pela denegação da ordem, afirmando que qualquer referência à cor da pele se deu apenas para descrever o aspecto físico do acusado, não havendo racismo no caso.

Nesse sentido, declarou oralmente que “as Nações Unidas realizaram uma série de debates sobre o impacto do perfilamento racial e do acesso à justiça no Brasil. Problemas de políticas públicas e de sociologia também que não é o nosso caso” (Supremo Tribunal Federal, 2023, 01:06:25). Em seguida pontuou que

[...] o racismo é uma coisa, como nós ouvimos, que existe. Não temos como não dizer que não existe. Existe. Existe assim como nós vemos em outros países. Como o Senhor Ministro citou, os Estados Unidos. [...] Mas não podemos esquecer que a droga é a droga, que existe em todos e que ela é prejudicial em qualquer lugar. Não é porque a pessoa é de cor preta ou é de cor branca que ela deverá ser isenta por isso.

O fato de a Procuradoria-Geral da República subestimar a relevância da raça como critério de maior incidência dos tentáculos do sistema penal sugere a desconsideração das estatísticas apresentadas na introdução ou a crença já superada de que elas possuem algum respaldo científico quanto a uma possível etiologia criminal. Como se poderá ver a seguir, a postura do órgão do Ministério Público Federal se assemelha com o daltonismo racial do sistema de justiça criminal estadunidense, de modo que se pretende que o aspecto racial seja escamoteado, apesar de ter sido o critério primordial da abordagem policial.

3. As concessões jurisprudenciais no hiperencarceramento estadunidense

Michelle Alexander (2018) explica como nos Estados Unidos a guerra às drogas funciona de maneira estruturalmente racista, muito embora poucas pessoas nesse país estejam dispostas a assumir publicamente uma postura racista. Para tanto, é feito um paralelo entre o *Jim Crow* e a guerra às drogas.

Segundo Alexander (2018), há um daltonismo nas instituições públicas, como se a raça não fosse um aspecto relevante das relações sociais. Nesse sentido, continua-se a explicar e a tratar o crime sob o paradigma biopsicossocial positivista, enfocando a criminalidade como consequência da constituição especial do ser e ignorando a realidade social. O problema começa com a guerra às drogas e a influência política sobre o Judiciário, de modo que a jurisprudência firme da Suprema Corte começa a sucumbir à opinião pública.

Por exemplo, a Suprema Corte sempre foi criteriosa na admissão

das provas obtidas pela Quarta Emenda, uma vez que essa garantia constitucional se justificava pelas práticas dos guardas da coroa em face dos colonos. Exigia-se, assim, e o texto constitucional não foi alterado, “causa provável” para que se procedesse com uma busca pessoal. Em 1968, no julgamento *Terry vs. Ohio*, esse *standard* de prova foi rebaixado para a mera “suspeita razoável”, permitindo até mesmo que as buscas fossem realizadas sem a ordem de um juiz (Alexander, 2018, p. 113-114).

Posteriormente, em *Flórida vs. Bostick*, houve a abordagem de um homem mesmo sem a “suspeita razoável” e sem avisá-lo que, nesses casos, o homem não era obrigado legalmente a cooperar com a polícia, encontrando droga com ele. Ocorre que a Suprema Corte estadunidense firmou entendimento de que “uma pessoa razoável” estaria em condições de livre e desembaraçadamente negar-se a colaborar, não podendo o homem ser considerando detido para fins da Quarta Emenda (Alexander, 2018, p. 114).

Em resumo, a Suprema Corte praticamente criou uma exceção implícita na Quarta Emenda para os casos de tráfico de drogas, dando à polícia toda a discricionariedade possível para atuar, o que, como é evidente, possibilita o exercício ilimitado e seletivo do poder punitivo.

Destaca-se a grande semelhança terminológica entre a “suspeita razoável” da Constituição estadunidense e a “fundada suspeita” do Código de Processo Penal brasileiro, ressoando-se as possibilidades de exercício arbitrário do poder. No julgamento *Terry vs. Ohio*, houve a irrisignação de um *Justice*, ponderando que “conceder à polícia um poder maior do que o de um magistrado é dar um longo passo em direção ao totalitarismo” (Alexander, 2018, p. 114). O *Justice* parece estar correto na medida em que a flexibilização da jurisprudência tende a fortalecer um Estado de práticas policiais, onde há deterioração do Estado de Direito em prol de uma gestão autoritária social e dos processos produtivos (Baratta, 2011, p. 194-196).

4. Considerações finais

No Brasil, portanto, cabe um paralelo semelhante ao que Alexander faz em seu livro. Entretanto deveremos substituir o *Jim Crow* pelos mais de três séculos de escravidão e o impedimento institucional do Estado em conceder acesso à cidadania ao negro.

Há no livro de Michelle Alexander (2018) diversos exemplos da condescendência da jurisprudência com evidentes práticas racistas que contribuem para o que foi denominado de daltonismo social. O intuito de trazer a evolução do tratamento das buscas pessoais nos Estados Unidos em comparação com o Brasil é refletir sobre os caminhos que o sistema penal brasileiro vem tomando. Afinal, os Estados Unidos ostentam a maior população carcerária do mundo e o Brasil parece seguir o mesmo caminho.

O *Habeas Corpus* 208.240/SP é uma oportunidade para o Supremo Tribunal Federal conter o poder punitivo e o encarceramento em massa brasileiro que, mesmo sem alcançar os números dos Estados Unidos, já se encontra acima do seu limite de lotação e configura um estado de coisas inconstitucional.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo.

Declaração de autoria: todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua totalidade.

Como citar (ABNT Brasil):

COSTA, R. F. A. Racismo estrutural na guerra às drogas: o papel da jurisprudência. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 32, n. 375, p. 33-34, 2024.

Declaração de originalidade: o autor garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ele também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

DOI: 10.5281/zenodo.10530152. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/854. Acesso em: 18 jan. 2024.

Referências

ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: Racismos e encarceramento em massa*. Tradução: Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2018.
BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*. Introdução à sociologia do direito penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. 2. reimpr. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
BENTO, Cida. *O pacto da branquitude*. São Paulo: Companhia das Letras, 2022.
FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2024.

LAGRECA, Amanda; BARROS, Betina e SENNES, Iara. As 820 mil vidas sob a tutela do Estado. *In: Fórum Brasileiro de Segurança Pública*. Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2022.

RAMOS, Silvia et al. *Pele-alvo: a bala não erra o negro* [e-book]. Rio de Janeiro: CESeC, 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pleno - Bloco 2 - Validade de prova obtida em busca pessoal baseada na cor da pele - 1/3/23*. Youtube, 01 mar. 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=0ydHeb9Sjtl>. Acesso em 11 jul. 2023.

Recebido em: 17.11.2023 - Aprovado em: 09.01.2024 - Versão final: 18.01.2024

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Renato Stanzziola Vieira

1.ª Vice-Presidente: Maria Carolina de Melo Amorim

2.ª Vice-Presidente: Vinicius de Souza Assumpção

1.ª Secretária: Raquel Lima Scalcon

2.ª Secretária: Bruno Shimizu

3.ª Secretária: Carina Quito

1.ª Tesoureira: Camila Torres Cesar

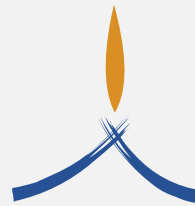
2.ª Tesoureira: Antonio Pedro Melchior

Diretoras Nacionais das Coord. Regionais e Estaduais:

Juliana Sanches Ramos

Luanna Tomáz de Souza

Fernanda Pascoal Valle Bueno de Castilho



IBCCRIM

CONSELHO CONSULTIVO

Marina Pinhão Coelho Araújo

André Nicolitt

Ester Judite Rufino

Felipe Cardoso Moreira de Oliveira

Cleunice Aparecida Valentim Bastos Pitombo

Marcos Alexandre Coelho Zilli

OUIDORA

Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

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

COORDENADOR EDITORIAL: Willians Meneses (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM - São Paulo/SP).

EDITOR-CIENTÍFICO CHEFE: Fernando Gardinali (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP).

EDITORES(AS)-CIENTÍFICOS(AS) ASSISTENTES: Andrey Borges (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP); Gessika Christiny Drakoulakis (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP); Maíra Beauchamp Salomi (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP).

EDITORA EXECUTIVA: Helen Christo (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM - São Paulo/SP).

ESTAGIARIA: Leidiane de Souza Cruz.

EXPEDIENTE EDITORIAL: IBCCRIM

CORPO DE PARECERISTAS DESTE VOLUME: Ana Maria Murata (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP), Daniel Kessler de Oliveira (Universidade Feevale - FEEVALE - Novo Hamburgo/RS), Ewerton Bellinati da Silva (Universidade Anhanguera - UNIDERP - Campo Grande/MS), Fernanda Regina Vilares (Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas - GVLAW - São Paulo/SP), Guilherme Ceolin (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS - Porto Alegre/RS), Hugo de Oliveira Martins (Universidade Federal de Pernambuco - UFPE - Recife/PE), Jaqueline Maria Ryndack (Universidade de Marília - UNIMAR - Marília/SP), Jônica Marques Coura Aragão (Universidade Federal de Campina Grande - UFCG - Sousa/PB), Maria Paula Daltro Lopes (Universidade Nove de Julho - UNINOVE - São Paulo/SP), Mariana Pinto Zoccal (Universidade Estadual Paulista Júlio Mesquita Filho - UNESP - Franca/SP), Núbio Parreiras (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUCMG - Belo Horizonte/MG), Régia Mabel da Silva Freitas (Centro Universitário UniRuy - UNIRUY - Salvador/BA), Ricardo Juozepavicius Gonçalves (Faculdade de Direito de Franca - FDF - Franca/SP) e Rowana Camargo (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS - Porto Alegre/RS).

AUTORES(AS) DESTE VOLUME: Andrey Borges (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP), César de Alencar Costa Cunha (Universidade de Fortaleza - UNIFOR - Fortaleza/CE), David Pimentel Barbosa de Siena (Academia de Polícia "Dr. Coriolano Nogueira Cobra" - ACADEPOL - São Paulo/SP), Gabriel Moura Caires Brilhante (Universidade Federal da Bahia - UFBA - Salvador/BA), Jorge Bheron Rocha (Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS - Fortaleza/CE), Luiz Antonio Borri (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS - Porto Alegre/RS), Maria Auxiliadora Minahim (Universidade Federal da Bahia - UFBA - Salvador/BA), Martônio Mont'Alverne Barreto Lima (Universidade de Fortaleza - UNIFOR - Fortaleza/CE), Maurilio Casas Maia (Universidade Federal do Amazonas - UFAM - Manaus/AM), Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza - UNIFOR - Fortaleza/CE), Rafael Ferreira de Albuquerque Costa (Fundação Getúlio Vargas - FGV - Rio de Janeiro/RJ), Rafael Junior Soares (Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR - Curitiba/PR), Roberto José Caldas Freire Junior (Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS - Fortaleza/CE), Taiguara Libano Soares e Souza (Universidade Federal Fluminense - UFF - Volta Redonda/RJ) e Victor Bastos Ribeiro (Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais - IBMEC - Rio de Janeiro/RJ).

CAPA: Harumi Visconti e Able Digital | Tel.: (11) 97426-3650 | E-mail: contato@abledigital.com.br

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

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

DIVULGADORES / 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.

INSCRIÇÕES ABERTAS



Processo Penal

5ª Edição
IBCCRIM - COIMBRA

13 de março a 17 maio de 2024
Quartas, quintas e sextas
18h30 às 20h30

Por que fazer este curso?

- Oportunidade de conhecer docentes e pesquisadores de Portugal e diversas regiões do Brasil com vasta experiência profissional.
- Abordagem abrangente de temas essenciais da prática processual penal, incluindo questões como consenso, imparcialidade judicial e colaboração premiada.
- Aulas presenciais e online síncronas. Consulte a grade completa no site.
- Certificado emitido pelo Instituto de Direito Penal Económico Europeu - Universidade de Coimbra.



Inscrições abertas: ibccrim.org.br

