



CADERNO DE DOCTRINA

4 Terra à vista: o processo criminal transformativo e o novo *locus* do Direito Processual Penal

Gessika Christiny Drakoulakis

7 Construindo a Polícia Militar do século XXI

Fernando Alencar Medeiros

11 A investigação defensiva: legitimidade e fundamentos

Nadir Mazloum

14 Audiências criminais virtuais em contexto pandêmico: uma crítica à "retirada do réu da sala virtual" à luz do Art. 217 CPP

Lucas Barosi Liotti

Túlio Felipe Xavier Januário

17 Dois pacotes de Miojo, uma Coca-Cola e um saquinho de Tang: sobre o Brasil e o preço da liberdade

Graziela Jurça Fanti

20 Da necessidade de complementação dos critérios de equiparação do médico do SUS a funcionário público

Gabriela Ruschel de Lia Pires

23 Caso Márcia Barbosa de Souza e a justiça de gênero na Corte Interamericana de Direitos Humanos

Ana Paula Rodrigues Nalin

André Luiz Pereira Spinieli

26 A extensão contra terceiros dos efeitos das medidas protetivas para a efetividade de sua característica cautelar

Marcelo Bauer Pertille

Thais Silveira Pertille

Juliano Keller do Valle

DIÁLOGOS

29 Justo Título: em busca de maior segurança jurídica para admitir a prova ilícita

Alfredo Carlos Gonzaga Falcão Junior

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

TEMA: OBRIGATORIEDADE, OU NÃO, DO PROCEDIMENTO DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NO INTERCÂMBIO DE INFORMAÇÕES

32 Superior Tribunal de Justiça

34 Supremo Tribunal Federal

A URGÊNCIA DA IMPLANTAÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS

A Lei 13.964/2019 previu em nosso ordenamento o que possivelmente seria a mudança mais relevante do nosso Processo Penal desde a Constituição Federal de 1988: a figura do juiz das garantias.

A divisão de competência no decorrer da *persecutio criminis* constitui mecanismo essencial para assegurar a imparcialidade do julgador. O magistrado que participa da fase investigativa, conhecendo os atos e decidindo sobre eventuais medidas cautelares, ainda em fase prévia ao contraditório, não pode ser o mesmo que julga o feito.

Tal constatação não decorre de qualquer desconfiança em relação a esse ou aquele julgador. Baseia-se em evidências sedimentadas, oriundas dos mais variados campos de conhecimento, de que o exercício da prestação jurisdicional na fase investigativa implicará em inevitáveis vieses – ainda que inconscientes – não só no momento do julgamento do caso, como durante toda a instrução criminal, colocando em risco a distribuição da justiça por um juiz imparcial.

Não por outra razão, a Corte Europeia de Direitos Humanos, desde a década de 1980 do século passado, declara reiteradamente a impossibilidade, em respeito às garantias fundamentais, de o juiz criminal atuar em ambas as etapas do Processo Penal. Além disso, a experiência do juiz das garantias em variados países, tais como Itália, Portugal, Chile e Alemanha, também se revelou profícua.

É essencial, ainda, que se dissolva a ideia de que a defesa do juízo de garantias faz-se para garantir a impunidade, ou ainda, menos punição penal no país. Não há correlação entre impunidade e a existência ou não do juízo de garantias. Trata-se, em verdade, de aprimoramento na qualidade da justiça distribuída, com incremento na legitimidade do Estado no exercício de seu dever de punir.

A escolha pelo juízo de garantias foi feita pelo legislativo brasileiro. A análise de questões e dificuldades de implantação devem sim ser consideradas, principalmente em razão das dimensões continentais do país. Neste sentido, a Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE) e o Conselho de Justiça Federal (CJF), nas falas dos juizes Walter Nunes da Silva e Nino Toldo, respectivamente, em audiência pública sobre o tema, foram cirúrgicas a pontuar a necessidade de adequação às diferentes realidades nacionais, reforçando a natureza organizacional das questões. Não há argumentos que sustentem a inconstitucionalidade.

Portanto, há de se lamentar profundamente a decisão liminar, de 22 de janeiro de 2020, proferida pelo Min. Luiz Fux, que suspendeu a eficácia dos dispositivos legais – aprovados após processo legislativo democrático – que tratavam do instituto do juiz das garantias. Os fundamentos ali lançados não encontram qualquer base constitucional.

A matéria não é apenas de organização judiciária, como sugere a decisão monocrática prolatada. Em verdade, trata-se de norma de Direito Processual, de competência da União, na medida em que estabelece critérios de competência funcional. Uma vez definida por lei federal a separação da competência nas fases do processo, caberá, aí sim, ao Poder Judiciário organizar a atribuição dos juizes que exercerão as funções em cada comarca.

Outra questão levantada na decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal seria o suposto impacto financeiro que traria a medida. Não se está a acrescentar um volume maior de trabalho, que implicaria na contratação de novos magistrados. A medida exige, sim, um trabalho de organização e atribuição de funções. Já foram expostas soluções à sociedade – sem qualquer incremento de gastos – nas audiências públicas levadas a efeito perante o STF sobre o assunto. Neste sentido, o argumento da dificuldade quanto às varas únicas foi arrebatado por toda vivência nacional em quarentena no período da pandemia, em que muito se fez para reduzir distâncias e melhorar processos a partir da tecnologia, o que pode e deve ser considerado na implantação do instituto ora debatido.

O IBCCRIM, na sua luta perene por um Processo Penal mais democrático, continuará a defender a premência na implementação do juiz das garantias. Transcorridos mais de dois anos da decisão que suspendeu a eficácia da norma, urge que o Supremo Tribunal Federal reconheça a constitucionalidade da norma trazida ao ordenamento pátrio por processo democrático.

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

BOLETIM

- 4. Terra à vista: o processo criminal transformativo e o novo *locus* do Direito Processual Penal**
Gessika Christiny Drakoulakis
- 7. Construindo a Polícia Militar do século XXI**
Fernando Alencar Medeiros
- 11. A investigação defensiva: legitimidade e fundamentos**
Nadir Mazloun
- 14. Audiências criminais virtuais em contexto pandêmico: uma crítica à “retirada do réu da sala virtual” à luz do Art. 217 CPP**
Lucas Barosi Liotti e Túlio Felipe Xavier Januário
- 17. Dois pacotes de Miojo, uma Coca-Cola e um saquinho de Tang: sobre o Brasil e o preço da liberdade**
Graziela Jurça Fanti
- 20. Da necessidade de complementação dos critérios de equiparação do médico do SUS a funcionário público**
Gabriela Ruschel de Lia Pires
- 23. Caso Márcia Barbosa de Souza e a justiça de gênero na Corte Interamericana de Direitos Humanos**
Ana Paula Rodrigues Nalin e André Luiz Pereira Spinieli
- 26. A extensão contra terceiros dos efeitos das medidas protetivas para a efetividade de sua característica cautelar**
Marcelo Bauer Pertille, Thais Silveira Pertille e Juliano Keller do Valle
- 29. DIÁLOGOS**
Justo Título: em busca de maior segurança jurídica para admitir a prova ilícita
Alfredo Carlos Gonzaga Falcão Junior
- 32. CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA**
Tema: Obrigatoriedade, ou não, do procedimento de cooperação jurídica internacional no intercâmbio de informações
- 32. Superior Tribunal de Justiça**
- 34. Supremo Tribunal Federal**

TERRA À VISTA: O PROCESSO CRIMINAL TRANSFORMATIVO E O NOVO LOCUS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

LAND AHOY: THE TRANSFORMATIVE CRIMINAL PROCEDURE AND THE NEW LOCUS OF THE LAW OF CRIMINAL PROCEDURE

Gessika Christiny Drakoulakis

Doutoranda em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da USP. Mestre pela Escola Superior de Economia de Moscou-Rússia (Higher School of Economics). Advogada criminal.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5926843968417589>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7296-9916>

gessikad@hotmail.com

Resumo: O artigo é uma breve resenha das principais ideias contidas na Tese de Titularidade do Professor Maurício Zanoide de Moraes, defendida na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco nos dias 17 e 18 de maio de 2022. A partir de uma análise histórica e empírica do Direito Processual Penal, o autor explora os conceitos de modelo e sistema criminais, no fim propondo um novo processo criminal transformativo, o qual se insere no modelo criminal não violento – alternativa ao modelo criminal vigente.

Palavras-chaves: Modelo criminal – Sistema criminal – Não violência – Processo criminal transformativo – Modelo criminal não violento.

Abstract: This article is a brief review of the main ideas developed by Professor Maurício Zanoide de Moraes in his new work to achieve the degree of Ordinary Professor (Full Professor) at the Faculty of Law of the University of Sao Paulo. Based on a historical and empirical analysis of criminal procedure, the author explores the concepts of "model" and "system", specifically to the author's work, in order to propose a "transformative criminal procedure", which is inserted in a "non-violent criminal model".

Keywords: Criminal model – Criminal system – Non-violence – Transformative criminal procedure – Non-violent criminal model.

"Viver com a perspectiva de construção de outras realidades – não aquelas que nos atormentam – é a única explicação justificadora do ato de viver" (Alberto Silva Franco, 8 de dezembro de 2020).¹

Nos últimos dias 17 e 18 de maio, o Professor **Maurício Zanoide de Moraes** foi aprovado como o mais novo Professor Titular de Direito Processual Penal das Arcadas. Ante a uma variada banca, composta pelos Ilustríssimos Professores Cláudio Brandão (UFPE), Ana Lucia Sabadell (UFRJ), Jacinto Coutinho (UFPR), Gustavo Badaró (FDUSP) e José Roberto Bedaque (FDUSP), o candidato defendeu uma nova proposta para a justiça criminal brasileira – quiçá mundial: o chamado "processo criminal transformativo".

A proposta é, *primo ictu oculi*, simples: a utilização do processo criminal para reduzir (e não incrementar) a violência social resultante do fenômeno criminal, com o grande diferencial de, por meio da atenta escuta dos participantes do conflito, identificar fatores locais criminógenos e áreas de criminalidade acentuada, possibilitando atuação conjunta público-privada para redução desses fatores. O processo deixaria, assim, de ser apenas instrumento de legitimação da resposta à violência social, para se tornar fonte de informação de políticas públicas estratégicas.²

Perceba-se, todavia, que esse é o passo final de uma longa jornada de onze capítulos – o item que fecha uma obra de quatro partes. Com todo o fôlego e densidade de pesquisa característicos de seu autor, a proposta acima explicitada depende de diversos pressupostos desenvolvidos no restante do trabalho.

Cabe aqui passar por alguns deles, assumindo o risco de reduzir impropriamente uma obra tão densa – a fim de que a pesquisa passe a integrar gradativamente os ambientes de debate.

De início, verifica-se que toda a tese depende de uma classificação inovadora proposta pelo autor: a análise do Direito Processual Penal e sua concretização na história a partir dos conceitos de "modelo" e "sistema". Ainda que utilizados tradicionalmente no meio jurídico de forma intercambiante, a tese traz consigo uma visão própria – que em nenhum momento pretende-se melhor ou exclusiva, apenas diversa e voltada à análise empreendida em suas páginas.

O "modelo" criminal, de acordo com o Professor **Maurício Zanoide de Moraes**, ocupa um plano anterior aos diversos institutos objetos de estudo daqueles acostumados ao Direito Processual Penal. O "modelo" é a união das escolhas políticas acerca da metodologia de abordagem do fenômeno criminal, o sentido de concretização dessa

abordagem, os agentes internos nela envolvidos e a finalidade da aplicação daquela metodologia.

Esse “modelo” encontra efetivação em dois principais “sistemas”: o penal e o processual penal. Neles há a concretização do direcionamento e visão política conferidos pelo modelo criminal – que pode variar em modo e intensidade –, com seus diversos institutos e dinâmicas próprios.

Na visão do autor, alterações nos referidos sistemas e suas variadas provisões são incapazes de alterar o modelo criminal vigente – porquanto este é definido em plano anterior e superior de decisão política.³

Com base nessa forma de ver o Direito Processual Penal, o estudo então mergulha em cerca de dois mil anos de história, da Roma do século I a.C. até o surgimento dos Direitos Humanos no século XX, na Europa Continental e Insular. Das estruturas e características dos diversos sistemas penais e processuais penais existentes, chegou-se a uma conclusão: “o modelo criminal durante quase todo este tempo, exceção feita aos séculos iniciais da era cristã até quase o século X, foi único e de perfil persecutório-punitivo”.⁴

As razões para essa perenidade são resumidas nas ideias de “medo” e “violência” – fatores mais do que nunca presentes nesse primeiro quarto de século XXI. A prova dessa afirmação reside nos assustadores – palavra mais próxima no vernáculo português para descrever o calamitoso estado atual da realidade brasileira – gráficos contidos na Parte II do referido trabalho, todos baseados em números divulgados por órgãos oficiais e instituições privadas de confiabilidade assegurada.⁵

O passado é mais atual do que o presente.

A violência característica dos sistemas penais e processuais penais analisados na Parte I em nada arrefeceu.

Vivemos na “espiral ascendente da violência social”:⁶ a violência conflitual cada vez mais crescente, ainda que em anos pandêmicos; demandas vertiginosas das estruturas persecutórias, que muito sofrem com a falta de recursos humanos; carga de trabalho astronômica dos tribunais; e execuções penais em condições degradantes, que pouco (ou nada) têm de ressocialização ou reeducação.

Na visão empreendida, o modelo identificado na Parte I permanece o mesmo.

Por meio da criminalização primária acentuada – destinada a um público alvo e suas condutas escolhidos pelo poder político – e a centralização do poder estatal tanto na figura de representante da vítima (no papel da acusação), do julgador, bem como na do legislador que dita as regras para a aplicação das punições,⁷ o Brasil

do século XXI mantém a imposição verticalizada das respostas ao fenômeno criminal, seus sujeitos do poder-saber (formados nas Faculdades de Direito) e devassa da vida alheia para imposição de penas.⁸

Muito mudou desde Roma, mas certamente não tudo.

Verifica-se que não apenas os criminosos são responsáveis por gerar violência em nossa sociedade: o poder estatal também responde à violência conflitual com sua pesada estrutura e perseguição. O mal

anterior – a transgressão cometida – justifica e legitima a violência institucional (perseguição e pena, resultados dos dois sistemas vigentes): nossa única resposta ao fenômeno criminal.⁹

O autor, todavia, ousa pensar em um outro modelo criminal. Um em que a violência (conflitual) não seria respondida com mais violência (institucional): o modelo criminal não violento.

Considerando a essencial diferença entre as estruturas sociais de dois mil anos atrás, os avanços tecnológicos e a insuficiência comprovada da estrutura persecutória brasileira

ante à criminalidade,¹⁰ o Professor **Maurício Zanoide de Moraes** constrói um outro modelo de processo por uma outra ótica:

- a) o diálogo se torna a nova metodologia de abordagem do conflito, com a horizontalidade da aplicação da resposta ao fenômeno criminal;¹¹
- b) há o surgimento de novos participantes, com o terceiro “facilitador” do diálogo e considerando até mesmo a possibilidade de o impacto do fenômeno criminal no tecido social (“violência envolvente”) definir as partes do conflito;¹² e
- c) a finalidade é “atender as necessidades fundamentais e melhorar os seres humanos, suas relações e o meio ambiente comunitário”.¹³

Como previamente explorado nas ideias de modelo e sistema da tese aqui analisada, esse modelo criminal alternativo, com origem em uma Política Criminal não violenta,¹⁴ concretiza-se em um sistema processual criminal¹⁵ igualmente não violento, cujos princípios e natureza jurídica são abordados pelo autor ao longo de todo o item 49 da referida Tese de Titularidade.

Importante frisar que o autor, em nenhum momento, defende a exclusividade dessa nova proposta não violenta.¹⁶ Acreditando que a diversidade de instrumentos para lidar com o fenômeno criminal seja o caminho possível para a superação da espiral retroalimentadora da violência, o Professor **Maurício Zanoide de Moraes** reitera: “[d]iferente, não visa a tomar os espaços de poder e controle já gizados por aquele modelo, mas, sim, servir de alternativa para atender parte dos conflitos e das pessoas envolvidas pela violência criminal”.¹⁷

"DAS ESTRUTURAS E CARACTERÍSTICAS DOS DIVERSOS SISTEMAS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS EXISTENTES, CHEGOU-SE A UMA CONCLUSÃO: 'O MODELO CRIMINAL DURANTE QUASE TODO ESTE TEMPO, EXCEÇÃO FEITA AOS SÉCULOS INICIAIS DA ERA CRISTÃ ATÉ QUASE O SÉCULO X, FOI ÚNICO E DE PERFIL PERSECUTÓRIO-PUNITIVO'!"

O autor acrescenta, todavia, que esta alternativa deve caminhar sem interpenetrações, com o dito modelo tradicional. Isso porque a análise histórica da Parte I do trabalho se incumbiu de comprovar que toda iniciativa, em um modelo desenhado para perpetuação dos ocupantes do poder, é fagocitada e suprimida pelo modelo vigente.¹⁸ Ao mesmo tempo, impossível dizer que o modelo tradicional perde completamente sua função – problemas diferentes exigem respostas diferentes. O autor apenas apresenta uma alternativa, que espera ser útil a todos os cidadãos brasileiros. Daí essa importante dinâmica entre o novo e o tradicional.

O anteriormente referenciado processo criminal transformativo é espécie desse novo sistema processual criminal não violento – partilhando de todos seus princípios, diretrizes e axiomas, ao mesmo tempo em que é único em relação a outras medidas existentes, como a justiça restaurativa. Explica-se.

O processo criminal transformativo, por não aplicar pena e não restringir a liberdade, mas basear-se em princípios de empatia e diálogo e, principalmente, cidadania, não precisa ser limitado à pontual resposta estatal, ainda que não violenta. É possível que nesse instrumento – até o momento exclusivamente perpetrador de tanta violência (institucional) legitimada – se encontre a porta para a melhoria das relações e ambientes de todos os envolvidos e seja expandido pela real cooperação da sociedade civil. Por isso é chamado transformativo.

Só então é possível notar que a ideia, ainda que simples, é densa. Exigirá profunda mudança de mentalidade e reconsideração de posicionamentos clássicos dos ditos operadores do Direito: toda a doutrina penal e processual penal é convidada à reflexão, já que nesse outro modelo o objetivo não é criar métodos para restringir a atuação estatal abusiva, que poderá resultar em restrição da

liberdade do imputado, como no modelo tradicional, pois o resultado da abordagem será a responsabilização do ofendido – não uma escolha binária de punir ou não punir –, “que passa a ter uma vasta gama de possibilidades, cuja escolha e construção devem ser determinadas pelo caso concreto e tendo em vista a situação mais ampla da violência e consequências”.¹⁹

Também exigirá mudança de toda a sociedade, que é chamada a repensar sua escolha acerca de como tratar os transgressores, os antissociais, os desajustados. Lembremos que a opção pela sua segregação, de acordo com o autor da mais nova tese de titularidade do Largo de São Francisco, é uma bomba relógio,²⁰ não necessariamente fruto de escolhas racionais – mas do medo e da violência em nós incutidos.

Certamente a ideia apresentada não será uníssona – e é natural e saudável que assim seja. O Professor **Sérgio Marcos de Moraes Pitombo** ressaltava que “[q]uando uma ideia se coloca como extremamente pacífica, algo me diz que ela está errada. Nós vivemos e convivemos do contraste e do confronto – e nenhuma ideia jurídica é uma ideia acabada. Ela sempre está no seu perene refazimento”.²¹

O presente texto nada mais é do que um estímulo para que tudo quanto desenvolvido na referida Tese de Titularidade seja discutido e rediscutido não apenas pelos sabedores do Direito em suas torres de marfim, mas por toda a sociedade brasileira. Esta, a verdadeira vítima de políticas de segurança pública, que raramente amenizam o medo generalizado que nos acompanha todos os dias ao sairmos pelas portas de nossas casas.

Muito ainda há de ser pensado, refletido e considerado. Nas palavras do próprio autor, a tese submetida “[é] um convite para um novo ponto de partida”.²²

Estamos prontos?

Notas

¹ Agradecimentos a Fernanda Regina Vilares, Daniel Paulo Fontana Bragagnollo, Stefanos Georgios Corsino Drakoulakis, Gabriel Massi, Gabriela Crespilha da Gama, Felipe Chiavone Bueno e Larissa Baron Barbosa pela leitura prévia do artigo e compartilhamento de suas impressões.

² ZANOIDE DE MORAES, 2022, p. 762-767.

³ Para as considerações aqui tecidas sobre modelo e sistema na visão de Maurício Zanoide de Moraes (2022, p. 33-43).

⁴ ZANOIDE DE MORAES, Op. cit., p. 365; para a análise histórica empreendida no trabalho que embasa a referida conclusão, v. Parte I.

⁵ As principais fontes dos dados apresentados no trabalho são o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, o Conselho Nacional do Ministério Público, o Conselho Nacional de Justiça e o Departamento Penitenciário Nacional. Cf. ZANOIDE DE MORAES, Op. cit., p. 372; os gráficos estão todos na Parte II do trabalho.

⁶ Expressão utilizada por Maurício Zanoide de Moraes ao descrever a realidade da violência e da estrutura persecutória brasileira, com sua dinâmica retroalimentadora (2022, p. 493).

⁷ Maurício Zanoide de Moraes explica que essa é a metodologia da *inquisitio*, inicialmente desenvolvida em Roma – para o estudo de suas origens e delineamentos nessa fase inicial, cf. Zanoide de Moraes (2022, p. 89-110).

⁸ Mesmo para a chamada “justiça penal negociada”, o autor afirma que o modelo criminal se perpetua como único no período histórico analisado. Cf. Zanoide de Moraes (2022, p. 355-364).

⁹ Sobre os conceitos de “violência conflitual” e “violência institucional” como espécies de violência social, cf. Zanoide de Moraes (2022, p. 66-70).

¹⁰ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Modelo e sistema criminais não violentos*, cit., p. 505-536, e conclusões da Parte II, p. 493-495.

¹¹ Sobre a metodologia e sentido desse novo modelo, cf. ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Modelo e sistema criminais não violentos*, cit., p. 662-679.

¹² Sobre os participantes desse novo modelo, cf. ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Modelo e sistema criminais não violentos*, cit., p. 679-706.

¹³ O trecho citado é parte do título do item que trata da finalidade do modelo criminal não violento. Cf. ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Modelo e sistema criminais não violentos*, cit., p. 654-662.

¹⁴ Para uma análise da proposta de política criminal não violenta e sua conformidade constitucional, cf. ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Modelo e sistema criminais não violentos*, cit., p. 654-662.

¹⁵ Como explicado por Maurício ZANOIDE DE MORAES, trata-se de processo criminal, pois a pena é suprimida no novo modelo (*Modelo e sistema criminais não violentos*, cit., p. 598-606).

¹⁶ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Modelo e sistema criminais não violentos*, cit., p. 498-503.

¹⁷ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Modelo e sistema criminais não violentos*, cit., p. 498.

¹⁸ O autor cita a transação penal (art. 76, Lei 9.099/1995) como principal exemplo recente desse poder atrativo do modelo criminal persecutório-punitivo (ZANOIDE DE MORAES, 2022, p. 618-624).

¹⁹ ZANOIDE DE MORAES, Op. cit., p. 611. Importa frisar que todo esse sistema processual criminal não violento tem como pressuposto os limites e diretrizes constitucionais, com garantias que “se não podem ser aplicadas de modo direto a partir do conteúdo técnico existente, porquanto constituídas histórica e teleologicamente para o processo penal persecutório-punitivo, podem e devem ser desenvolvidas a partir daquele saber criminal já existente, mas voltado agora ao sistema processual criminal não violento, conforme as diretrizes de seu modelo específico” (ZANOIDE DE MORAES, 2022, p. 706-742).

²⁰ ZANOIDE DE MORAES, Op. cit., p. 493-495; 536-557.

²¹ TRIBUTO ao prof. Sérgio Marcos de Moraes Pitombo (2016).

²² ZANOIDE DE MORAES, 2022, p. 774.

Referências

TRIBUTO ao prof. Sérgio Marcos de Moraes Pitombo. [S. l.: s. n.], 2016. 1 vídeo (4h41m37s). Publicado pelo canal Marcos Pitombo. Disponível em: <https://youtu.be/AjPke-yzZY>. Acesso em: 20 maio 2022.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Modelo e sistema criminais não violentos: uma teoria ao processo criminal transformativo*. 2022. Tese (Titularidade em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

Autora convidada

CONSTRUINDO A POLÍCIA MILITAR DO SÉCULO XXI

SHAPING THE MILITARY POLICE OF THE 21ST CENTURY

Fernando Alencar Medeiros

Doutor e mestre em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pelo Centro de Altos Estudos de Segurança da Polícia Militar. Coronel de Polícia Militar, Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de São Paulo de 10 de março de 2020 a 26 de abril de 2022.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2558251930140632>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9081-0837>

alencarmedeiros69@gmail.com

Resumo: O presente artigo tem por objetivo promover uma breve abordagem sobre as ações realizadas pelo Comando da Polícia Militar do Estado de São Paulo, no curso do último triênio, como resultado da implementação do planejamento estratégico para o direcionamento da instituição em conformidade com a visão de que as pessoas se sintam plenamente seguras e protegidas no Estado de São Paulo.

Palavras-chave: Polícia Militar – Direitos Humanos – Redução da Letalidade Policial – Redução da Criminalidade.

Abstract: This article aims to approach the actions of the Military Police of São Paulo State Command, during the last three years, because of the strategic planning for managing the institution according to the vision that people can feel safety and protected at São Paulo State.

Keywords: Military Police – Human Rights – Decrease of Deaths under Police Countering – Decrease of Crime.

O triênio 2019/2021 apresentou uma série de particularidades, que ficaram registradas na história em razão do sofrimento de milhões de pessoas, em todos os recantos do planeta que, submetidas aos efeitos da ameaça biológica da COVID-19, foram vitimadas pela doença e/ou perda irreparável de entes queridos, resultando na transformação definitiva da sociedade.

A despeito das adversidades e incertezas, a humanidade perseverou no esforço científico e político-econômico de superação e busca pela reconstrução dos padrões de interação social segundo critérios mínimos de salubridade, segurança e qualidade de vida, aos quais a Polícia Militar do Estado de São Paulo (PMESP) se engajou prontamente, persistindo na prestação contínua de seus serviços para amparar, servir e proteger, realizando a prevenção e o enfrentamento ao crime, a aplicação da lei e a preservação da ordem pública, em observância aos cânones da Lealdade e Constância, eternizados em seu Brasão de Armas há 190 anos.

Partindo da elaboração de rigoroso planejamento estratégico, materializado no Plano de Comando 2020-2023,¹ foram idealizadas e implementadas ações, não apenas para o enfrentamento específico da novel condição sanitária, mas no compromisso de assegurar a evolução e melhoria constantes de uma instituição que construiu seu legado na assistência ao povo paulista, no atendimento das demandas do Estado e da sociedade, e nos ditames da lei.

Em afirmação a esses preceitos atemporais e inequívocos, aos Princípios do Estado Democrático de Direito, e visando ao atendimento dos critérios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, a Polícia Militar inovou ao adotar uma série de medidas estratégicas, que assumiu como objetivo a melhoria na qualificação técnico-profissional por intermédio: (i) do reforço das bases doutrinárias da atividade policial-militar; (ii) da análise de procedimentos de intervenção policial-militar e de uso seletivo da força; (iii) do fortalecimento da autoridade policial-militar e da disciplina; (iv) do acompanhamento da saúde física e mental do policial militar; (v) da aquisição de equipamentos de menor potencial ofensivo e armamento de última geração; e (vi) da incorporação de ferramentas de tecnologia à atividade policial-militar.

Inicialmente, foram reeditadas as Normas para o Sistema Operacional de Policiamento (NORSOP),² bem como as Diretrizes dos Programas

de Radiopatrulha,³ Força Tática,⁴ Policiamento Escolar,⁵ Policiamento Comunitário,⁶ Policiamento de Trânsito⁷ e Policiamento Rural,⁸ aspirando estabelecer parâmetros doutrinários e procedimentais para sistematizar e coordenar as ações e atividades policial-militares; visando à integração com a comunidade, instituições públicas e privadas; e à otimização do emprego de recursos humanos e materiais de forma sistêmica, observando os critérios definidos no Plano de Policiamento Inteligente (PPI) elaborado com a participação da população local e o diagnóstico dos indicadores criminais obtidos a partir dos sistemas de inteligência.

A seguir, foram editados o Manual de Fundamentos,⁹ trazendo premissas básicas da atividade policial-militar, notadamente no tocante às diretivas de policiamento comunitário e no reforço à atuação legítima do policial militar quando da necessidade de emprego da força, sempre observando condicionantes legais e critérios de necessidade, proporcionalidade e razoabilidade; bem como o novo Manual de Direitos Humanos e Cidadania,¹⁰ em segunda edição, ratificando o compromisso de respeito à diversidade e aos Direitos Humanos.

Adicionalmente, alinhado ao Sistema de Supervisão e Padronização Operacional (SISUPA),¹¹ pelo qual padrões de conduta profissional e supervisão local são necessários para garantir a qualidade do trabalho policial-militar, foram realizadas revisões e atualizações nos Procedimentos Operacionais Padrão (POP), cuja instrução em caráter ininterrupto, junto às demais atividades do Sistema de Treinamento Policial-Militar,¹² têm por finalidade “manter o policial militar apto a desempenhar suas atividades habituais, além do bom preparo físico, capacitação de novas técnicas ou a atualização de conhecimentos e habilidades.”¹³

Da mesma forma, o Sistema de Gestão da Polícia Militar do Estado de São Paulo (GESPOL), instituído no ano de 2008, chegou à 3ª edição, no ano de 2021, mantendo os fundamentos dos Direitos Humanos, da Polícia Comunitária e da Excelência da Gestão como norteadores das atividades de pessoas; saúde; conhecimento e inovação; comunicação social; organizacional; finanças; logística; tecnologia da informação e comunicação e inteligência de segurança e ordem pública), em convergência para suporte da atividade-fim (gestão operacional), cujo escopo é o atendimento da sociedade.¹⁴

A atualização dos instrumentos normativos que direcionam o

comando e a execução da atividade policial-militar e que orientam a postura e o comportamento do efetivo, produzindo o efeito *compliance*, foi elaborada em observância a critérios técnicos, jurídicos e participativos, concitando a inclusão de vozes ativas da sociedade civil para contribuir com a modernização dos processos e atendimento das demandas da força policial-militar.

Convergindo para o robustecimento das especificidades disciplinares que compõem as Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública enquanto área de conhecimento,¹⁵ autônoma, necessária, suficiente e imprescindível para o exercício da profissão policial-militar, o novel arcabouço técnico-doutrinário foi incorporado ao Sistema de Ensino da Polícia Militar (SEPM)¹⁶ e reiteradamente reproduzido em todos os cursos e estágios da Instituição, incluindo os Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* de Mestrado Profissional e Doutorado em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública, desenvolvidos junto ao Centro de Altos Estudos de Segurança (CAES) da PMESP.

Admitida a tradicional importância conferida à educação profissional, que remete à contratação da Missão Francesa de Instrução Militar para os integrantes da Força Pública do Estado de São Paulo no alvorecer do século XX, culminando, entre outras conquistas, com a fundação da Escola de Educação Física da PMESP, pioneira no Curso de Educação Física no Brasil, o SEPM ratifica a elevação da profissão policial-militar à ideia de vocação para auxiliar as pessoas, internalizada como missão a ser cumprida, lastreada nos valores éticos do patriotismo, civismo, hierarquia, disciplina, profissionalismo, lealdade, constância, verdade real, honra, dignidade humana, honestidade e coragem.¹⁷

Seguindo esse escopo, a responsabilidade quanto aos critérios de uso seletivo e proporcional da força no curso da ação policial-militar passou a ser objeto de estudos e avaliações para implementação de medidas preventivas e saneadoras pelas Comissões de Mitigação de Riscos, visando aperfeiçoar conhecimentos, habilidades e atitudes dos policiais militares, identificar riscos à sua integridade física e dos envolvidos nas ações policiais.¹⁸

Os procedimentos realizados a partir da Comissão de Mitigação de Riscos, plenamente alinhados aos vetores deontológicos da PMESP, têm se demonstrado extremamente eficazes em permitir a imediata detecção de eventuais inconformidades no atendimento de ocorrências e adoção de medidas educativas e corretivas, quando necessário, viabilizando a revisão, aperfeiçoamento e treinamento de técnicas operacionais, para que sejam asseguradas a eficiência, eficácia e efetividade da intervenção policial-militar.

Ainda em respeito aos balizamentos da democracia e do respeito ao cidadão, o rigor da disciplina permaneceu hígido na definição da postura policial-militar, direcionada ao fiel acatamento da lei e das ordens emanadas das autoridades constituídas, encontrando sua essência na educação institucional, orientação e treinamento, todavia jamais aquiescendo a desvios de conduta que possam subverter a hierarquia e os preceitos Institucionais.

Por essa razão, a PMESP não prescinde da adoção de medidas disciplinadoras e de depuração interna necessárias a garantir a estrita observância de princípios, valores e normas que definem, não apenas a Instituição e seus desígnios, mas a própria essência do policial militar, que deve honrar a farda que ostenta, sendo um permanente exemplo de conduta tanto nas atividades profissionais como em sua vida social.

Nesse sentido, realizou-se a atualização do Sistema de Polícia Judiciária Militar e Disciplina da Polícia Militar (SisPJMD),¹⁹ idealizado para estruturar, organizar e definir atribuições para o exercício da autoridade conferida pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (BRASIL, 1988) às Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, para que realizem a apuração de infrações penais-militares.

Consoante a Lei federal 13.491/17, que alterou o Código Penal Militar (CPM),²⁰ expandindo o rol de crimes militares para que alcançassem os tipos penais descritos no Código Penal e na legislação extravagante, quando praticados por policiais militares no curso da atividade

profissional, houve uma ampliação da competência de investigação e imputação de responsabilidade da Polícia Judiciária Militar (PJM).

Essa ação fortaleceu a fiscalização e controle exercido diretamente pelos Comandantes de Unidades Territoriais e Especializadas (Batalhões de Polícia Militar ou equivalentes) sobre seu efetivo, como autoridades originárias de PJM em suas respectivas circunscrições,²¹ conferindo maior celeridade e acuidade na apuração de ilícitos e transgressões, em razão da proximidade e conhecimento das peculiaridades locais.

Ao seu turno, o Órgão Corregedor da Polícia Militar permaneceu em suas atividades inerentes de saneamento, correição, bem como de investigação subsidiária em casos de maior complexidade, privilegiando o critério da especialidade.

Não obstante, os policiais militares estão sujeitos a escalas de serviço de caráter ininterrupto; atuam em condições de risco, expondo suas vidas a perigos que perpassam por eventos críticos ou traumáticos, ameaças psicofísicas decorrentes da violência no enfrentamento ao crime, em acidentes de trânsito letais ou de grandes proporções, tanto quanto no combate a sinistros, diante da fúria das intempéries, enchentes, tempestades, incêndios, desabamentos, soterramentos e, recentemente, a ameaça biológica da COVID-19.

Todos esses percalços caracterizam o contato permanente com o sofrimento humano e a efemeridade da vida, demandando atenção quanto à saúde física e mental do efetivo.

Sob essa motivação, o Programa de Acompanhamento e Apoio ao Policial Militar (PAAPM) foi objeto de revisão e redirecionamento, de modo a priorizar o suporte psicoemocional ao policial militar em situações nas quais se caracterizam riscos concretos à integridade física e psíquica, de modo a se preservar ou restabelecer o correspondente equilíbrio necessário ao exercício das atividades profissionais, em total conformidade com a Lei estadual 9.628/97, que estabeleceu o Sistema de Saúde Mental da Polícia Militar.²²

O PAAPM desenvolve-se em três fases: avaliação psicológica inicial do policial militar submetido ao evento traumático realizada por profissional da área de saúde mental, resultando na aptidão plena ao serviço policial ou prescrição de nível de acompanhamento com restrição ao exercício de funções operacionais, eventual indicação para frequência de Estágio de Desenvolvimento Psicoemocional e posterior reavaliação psicológica.²³

Como medida complementar à busca pela qualidade de vida e saúde mental, foi também editada, em 2021, a Cartilha de Prevenção às Manifestações Suicidas, contendo orientações aos policiais militares, tanto em caráter preventivo, para a identificação de sinais que possam ensejar essa prática, quanto para a assistência de órgãos e profissionais de saúde.

Outrossim, o período de pandemia aumentou os encargos da PMESP que, além de manter as atividades de polícia ostensiva e repressão criminal, em contraposição às medidas de isolamento social, participou ativamente de ações humanitárias, inclusive realizando a guarda e escolta das vacinas para distribuição em todo o Estado, exigindo precauções adicionais em relação aos policiais militares para a disponibilidade de materiais de higiene e proteção individual; para o desenvolvimento de procedimentos especiais de atendimento de ocorrências e para a imunização do contingente pela devida vacinação.

Por sua vez, a complexidade dos eventos sociais que demandam a intervenção policial-militar requer, além da capacitação técnica na operação de equipamentos condizentes para a solução de conflitos e do equilíbrio psicoemocional, a completa compreensão dos limites jurídicos para utilização da força estatal, enquanto instrumento cogente para o cumprimento da lei e manutenção das condições de normalidade social.

Com efeito, foi realizada a revisão dos protocolos de atuação em manifestações populares, adotando-se instrumentos de gestão

de multidões para interferências pontuais e no limite do mínimo necessário, pautando-se pela mediação para assegurar os direitos constitucionais de reunião pacífica e de liberdade de opinião e expressão, mas de forma a garantir, ao mesmo tempo, a organização do espaço público para a manutenção dos serviços essenciais que caracterizam a ordem social, preservando a segurança e os direitos de todos, mediante critérios de imparcialidade, profissionalismo e isenção de ânimos, mesmo diante de interesses e anseios contrários à existência, presença ou atuação da força policial-militar.²⁴

Além disso, em 25 de outubro de 2021, a PMESP publicou a 3ª edição do Manual de Defesa Pessoal Policial, destinado a estabelecer técnicas, táticas e procedimentos necessários para fazer cessar agressão injusta, atual ou iminente, contra o policial militar ou terceiros, praticada por um potencial agressor desarmado, controlando-o e imobilizando-o de forma segura e eficaz, evitando causar danos ou lesões desnecessárias.²⁵

Ao seu turno, os procedimentos de atuação policial-militar também sofreram transformações decorrentes dos avanços tecnológicos, especialmente com a incorporação do uso de armas de menor potencial ofensivo, como instrumentos de intervenção policial intermediários entre as técnicas de imobilização pessoal e o uso da arma de fogo.

Em consequência, foram adquiridas pela PMESP 7500 armas de incapacitação neuromuscular ou armas de eletrochoque, com utilização crescente, como alternativa ao uso da arma de fogo, resultando, de janeiro de 2019 a dezembro de 2021, em 483 intervenções policiais, dentre as quais 475 em que o agressor foi contido sem emprego de força letal.²⁶

De outra sorte, a exigência de enfrentamento de parcela da criminalidade violenta remanescente demandou o incremento da capacidade operacional da PMESP, com a aquisição, mediante licitações internacionais, de armamento de alto desempenho, adotando-se os padrões de certificação da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), bem como a instalação de novas Unidades Policiais-Militares de pronta resposta, os Batalhões de Ações Especiais de Polícia (BAEP), em todo o Estado de São Paulo, reduzindo o tempo de mobilização e aumentando a segurança pela disponibilidade de efetivo equipado e treinado para uma intervenção técnica, tática e coordenada diante de eventos críticos dessa natureza.

Paralelamente, a evolução tecnológica permitiu a incorporação de instrumentos de controle e fiscalização da atividade policial-militar, contribuindo para que a execução dos serviços ocorra em conformidade com os padrões doutrinários, operacionais, técnicos, táticos, legais e jurídicos transmitidos nos cursos, estágios e treinamentos que integram o SEPM.

Desde a incorporação dos Sistemas de Computação Embarcada e Portátil, iniciada em 2012, a PMESP desenvolve ferramentas de gestão e controle do efetivo e da frota com os objetivos de gerar informações; facilitar o acesso direto à consulta de bancos de dados; diminuir o tempo-reposta no atendimento às demandas, facilitando os deslocamentos; e melhorar o monitoramento operacional-administrativo, gerenciando a distribuição dos ativos humanos e materiais no espaço territorial de forma ordenada e eficiente.²⁷

Atualmente, novos instrumentos de controle de frota foram introduzidos e as viaturas operacionais adquiridas pela PMESP estão sendo equipadas com o sistema de telemetria, que possibilita a coleta e armazenamento de dados para análise e produção de relatórios, que permitem verificar os critérios de uso do veículo com o devido zelo, reduzindo os gastos com manutenção, e em respeito às normas do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), privilegiando a condução segura, dentro dos limites necessários para os deslocamentos emergenciais.

Adicionalmente, a telemetria permite o acompanhamento das viaturas no espaço físico em tempo real, e sua integração ao Sistema de Georreferenciamento de Ocorrências Policiais (COPOM ON-LINE) facilita os deslocamentos para o atendimento

de ocorrências, os apoios e a realização de operações.²⁸

O suporte aéreo de operações policial-militares recebeu o incremento de Aeronaves Não Tripuladas (*drones*), distribuídas em Unidades da PMESP na Capital e no interior, para produzir imagens de interesse de segurança pública (fotografias ou vídeos de alta resolução), transmitidas em tempo real para os Centros de Operações da Polícia Militar (COPOM) em todo o Estado de São Paulo e ainda para subsidiar a Atividade de Inteligência.²⁹

Quanto à disponibilidade de recursos tecnológicos para melhoria do atendimento ao público, destaca-se a incorporação dos aplicativos (App) "190" e "193", enquanto dispositivos para uso em telefones celulares, que foram desenvolvidos para facilitar o acesso do cidadão aos serviços prestados pela PMESP, tanto na esfera policial quanto na de bombeiros.

Ademais, na oportunidade em que as características do período pandêmico impuseram restrições de circulação, especial atenção foi conferida ao aplicativo "SOS Mulher", apresentado como parte do programa de suporte às vítimas de violência doméstica, que possibilita à mulher detentora de medida protetiva obtida junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo solicitar atendimento emergencial, diante do descumprimento de determinação judicial pelo agressor, durante ou na iminência de ato de violência.³⁰

Finalmente, após vários anos de estudo, foi implementado o uso de Câmeras Operacionais Portáteis (COP) na atividade policial-militar, permitindo reforçar a transparência e a legitimidade das ações policial-militares, garantindo a integridade física e moral dos policiais e os direitos individuais dos cidadãos, exercendo efeito apaziguador e dissuasório, ao mesmo tempo em que fortaleceu o conjunto probatório originário da intervenção policial e caracterizador da responsabilidade. Como benefícios adicionais, as imagens geradas têm sido de valiosa importância para consolidar a cultura profissional legalista da PMESP, além de oferecer material significativo para capacitação, treinamento e mensuração do grau de eficiência da atuação policial-militar a partir dos estudos de caso.³¹

Assim, apesar das peculiaridades dos anos de 2020 e 2021, fortemente impactados pelo advento da COVID-19, os resultados alcançados demonstram efeitos positivos.

Verifica-se que, entre os anos de 2019 e 2021, houve redução na taxa de homicídios de 6,27³² para 6,04 por 100 mil habitantes, confirmando uma tendência de redução de vinte anos no Estado de São Paulo, que ainda alcançou a menor taxa de toda a série histórica na Capital (4,73 por 100 mil habitantes) e na Grande São Paulo (5,37 por 100 mil habitantes).³³

Quanto aos demais indicadores criminais, registraram-se no Estado de São Paulo, no triênio considerado, redução de 28,98% no número de roubos de veículos; redução de 11,65% nos roubos em geral; redução de 10,87% nos roubos de carga; redução de 12,11% nos furtos de veículos; redução de 9,95% nos furtos em geral; e redução de 15,71% nas ocorrências de estupro, demonstrando o alinhamento entre as ações adotadas pela PMESP e a efetividade no enfrentamento à criminalidade.³⁴

No tocante às taxas de mortalidade por intervenções policiais, de acordo com dados do Anuário de 2020 do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, verifica-se que, em 2019, o Brasil atingiu a média de 3,0 por 100 mil habitantes, e o Estado de São Paulo alcançou a média de 1,9 por 100 mil habitantes, posicionando-se abaixo da média, sendo que os dados incluem resultados conjuntos das Polícias Cíveis e Militares das Unidades da Federação.³⁵

Em números absolutos, a PMESP alcançou, naquele ano de 2019, 716 mortes decorrentes de intervenção policial, reduzindo esse número para 659 resultados letais em 2020 e finalmente 423 óbitos no ano 2021.³⁶

Com efeito, a avaliação dos números absolutos demonstra que houve uma redução da ordem de 7,96% na letalidade policial-militar entre os anos de 2019 e 2020, seguida de uma redução de 35,81% entre

os anos de 2020 e 2021, configurando uma tendência descendente com 19 meses consecutivos (entre junho de 2020 e dezembro de 2021) e redução de 40,92% no número de intervenções policiais com resultado letal entre 2019 e 2021.

Considerando-se que foram detidos pela PMESP 155.024 indivíduos no ano de 2019, 125.296 indivíduos em 2020, e 117.796 indivíduos em 2021, verifica-se ainda que, entre todas as intervenções policiais no período, 0,46% resultaram em morte em 2019, seguidas de 0,52% em 2020 e 0,35% em 2021, ratificando a diminuição do evento letal.³⁷

Essa constatação demonstra seguramente que os rumos traçados pela PMESP no curso do triênio considerado têm surtido efeitos positivos na redução dos indicadores criminais tanto quanto na redução da letalidade policial.

De fato, as medidas adotadas pela Instituição Policial-Militar no curso dos anos de 2019 a 2021 assumiram por objetivo central a qualificação profissional e a adequação ao atendimento dos anseios da população, em consonância com as modificações decorrentes da dinâmica social, potencializadas pelos inusitados efeitos da COVID-19, dentre os demais riscos e sofrimentos que afligem as pessoas na contemporaneidade.

Dessa forma, a PMESP assume uma postura proativa e de vanguarda, na construção de uma Força Pública que esteja em plenas condições de honrar suas tradições de bem servir à população do Estado no decorrer do século XXI, proporcionando uma polícia técnica, profissional, acolhedora e promotora dos Direitos Humanos, em respeito aos ditames do Estado Democrático e de Direito.

Notas

- ¹ SÃO PAULO, 2020a.
- ² SÃO PAULO, 2020b.
- ³ SÃO PAULO, 2020c.
- ⁴ SÃO PAULO, 2020d.
- ⁵ SÃO PAULO, 2020e.
- ⁶ SÃO PAULO, 2020f.
- ⁷ SÃO PAULO, 2020g.
- ⁸ SÃO PAULO, 2020h.
- ⁹ SÃO PAULO, 2020i.
- ¹⁰ SÃO PAULO, 2022.
- ¹¹ SÃO PAULO, 2003.
- ¹² O Treinamento Policial-Militar realiza-se por intermédio do Programa de Atualização Profissional (ProAP), constituindo-se de Estágio de Atualização Profissional (EAP); Treinamento Físico (TF); Treinamento de Tiro Defensivo na Preservação da Vida – Método Giraldi (TTDPV); Treinamento dos Procedimentos Operacionais Padrão (TPOP); Instrução Continuada de Comando (ICC); Vídeo Treinamento (VT); Treinamento Durante o Serviço (TDS); Preleção e outras atividades de ensino que atendam às necessidades de atualização profissional. (SÃO PAULO [Estado], 2012a).
- ¹³ Ibidem.
- ¹⁴ SÃO PAULO (Estado), 2021a.
- ¹⁵ BRASIL, 2020.
- ¹⁶ SÃO PAULO (Estado), 2008.

Referências

- BRASIL. Ministério da Educação. Despacho de 8 de junho de 2020. Inclui as Ciências Policiais como área de conhecimento no rol das ciências estudadas no Brasil. *Diário Oficial da União*: seção 1: Poder Executivo, Brasília/DF, n. 109, p. 22, de 9 jun. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017*. Altera o Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código de Penal Militar. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13491.htm. Acesso em: 11 jun. 2022.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969*. Código de Processo Penal Militar. Brasília, DF: Presidência da República, [2019].
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020*. São Paulo: FBSP, 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2022.
- SÃO PAULO (Estado). PMESP. *Plano de Comando 2020/2023, de 21 de fevereiro de 2020*. São Paulo: 6ª Seção do Estado-Maior, 2020a.
- SÃO PAULO (Estado). PMESP. *Diretriz nº PM3-001/02/20, de 6 de março de 2020*. Normas para o Sistema Operacional de Policiamento PM (NORSOP). São Paulo, 2020b.
- SÃO PAULO (Estado). PMESP. *Diretriz nº PM3-002/02/20, de 12 de março de 2020*. Programa de Radiopatrulha. São Paulo, 2020c.
- SÃO PAULO (Estado). PMESP. *Diretriz nº PM3-003/02/20, de 12 de março de 2020*. Programa de Força Tática. São Paulo, 2020d.
- SÃO PAULO (Estado). PMESP. *Diretriz nº PM3-004/02/20, de 12 de março de 2020*. Programa de Policiamento Escolar. São Paulo, 2020e.
- SÃO PAULO (Estado). PMESP. *Diretriz nº PM3-005/02/20, de 12 de março de 2020*. Programa de Policiamento Comunitário. São Paulo, 2020f.
- SÃO PAULO (Estado). PMESP. *Diretriz nº PM3-006/02/20, de 12 de março de 2020*. Programa de Policiamento de Trânsito. São Paulo, 2020g.
- SÃO PAULO (Estado). PMESP. *Diretriz nº PM3-007/02/20, de 12 de março de 2020*. Programa de Policiamento Rural. São Paulo, 2020h.
- SÃO PAULO (Estado). PMESP. *Manual de Fundamentos*. São Paulo: Polícia Militar do Estado de São Paulo, 2020i.
- SÃO PAULO (Estado). PMESP. *Manual de Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Polícia Militar do Estado de São Paulo, 2022j.
- SÃO PAULO (Estado). PMESP. *Diretriz nº PM6-001/30/03, de 17 de dezembro de 2003*. Sistema de Supervisão e Padronização Operacional (SISUPA). São Paulo, 2003h.
- SÃO PAULO (Estado). PMESP. *Portaria nº PM1-002/04/12, de 14 de fevereiro de 2012*. Instrução do Sistema Integrado de Treinamento Policial-Militar (I-22-PM), 4. ed. São Paulo, 2012.
- SÃO PAULO (Estado). PMESP. *GESPOL*: Sistema de Gestão da Polícia Militar do

- ¹⁷ SÃO PAULO (Estado), 2001.
- ¹⁸ SÃO PAULO (Estado), 2020j.
- ¹⁹ SÃO PAULO (Estado), 2019a.
- ²⁰ BRASIL, 2017.
- ²¹ Cf. art. 7º do Decreto lei 1002, de 21 de outubro de 1969. (BRASIL, [2019]).
- ²² SÃO PAULO (Estado), 2020k.
- ²³ Ibidem.
- ²⁴ SÃO PAULO (Estado), 2020l, 114-115.
- ²⁵ SÃO PAULO (Estado), 2021b.
- ²⁶ SÃO PAULO (Estado). PMESP.
- ²⁷ SÃO PAULO (Estado), 2012b.
- ²⁸ SÃO PAULO (Estado), 2020m, p. 127.
- ²⁹ SÃO PAULO (Estado), 2019b.
- ³⁰ SÃO PAULO (Estado), 2021c.
- ³¹ SÃO PAULO (Estado), 2012c.
- ³² SÃO PAULO (Estado), 2019c.
- ³³ SÃO PAULO (Estado), 2021d.
- ³⁴ Ibidem.
- ³⁵ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020.
- ³⁶ SÃO PAULO (Estado). PMESP.
- ³⁷ Ibidem.

- Estado de São Paulo. 3. ed. São Paulo, 2021.
- SÃO PAULO (Estado). *Lei Complementar nº 1.036, de 11 de janeiro de 2008*. Institui o Sistema de Ensino da Polícia Militar do Estado de São Paulo. São Paulo, 2008.
- SÃO PAULO (Estado). *Lei Complementar nº 893, de 9 de março de 2001*. Institui o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo. São Paulo, 2001.
- SÃO PAULO (Estado). PMESP. *Ordem de Serviço nº PM3- 006/03/20, de 29 de julho de 2020*. Gestão de Risco em ocorrências que requeiram intervenção policial. São Paulo, 2020j.
- SÃO PAULO (Estado). PMESP. *Portaria nº PM1-001/02/19, de 7 de janeiro de 2019*. Regimento Interno do Sistema de Polícia Judiciária Militar e Disciplina da Polícia Militar [SisPJMD (RI-35-PM)]. 2. ed. São Paulo, 2019a.
- SÃO PAULO (Estado). PMESP. *Nota de Instrução nº PM3- 001/03/20, de 29 de julho de 2020*. Programa de Acompanhamento e Apoio ao Policial Militar (PAAPM). São Paulo, 2020k.
- SÃO PAULO (Estado). PMESP. *Manual de Fundamentos*. São Paulo: Polícia Militar do Estado de São Paulo, 2020l.
- SÃO PAULO (Estado). PMESP. *Diretriz nº PM1-007/02/21, de 25 de outubro de 2021*. Manual de Defesa Pessoal Policial. São Paulo, 2021b.
- SÃO PAULO (Estado). PMESP. *Diretriz nº PM3-001/02/12, de 26 de janeiro de 2012*. Sistema de Computação Embarcada [Terminais Móveis de Dados (TMD)] e Portátil [Terminais Portáteis de Dados (TPD)]. São Paulo, 2012b.
- SÃO PAULO (Estado). PMESP. *Manual de Fundamentos*. São Paulo: Polícia Militar do Estado de São Paulo, 2020m.
- SÃO PAULO (Estado). PMESP. *Diretriz nº PM3-001/02/19, de 21 de outubro de 2019*. Obtenção e emprego operacional de sistemas de aeronaves não tripuladas – UAS (drones) pela Polícia Militar. São Paulo, 2019b.
- SÃO PAULO (Estado). PMESP. *Diretriz nº PM3-001/02/21, de 12 de maio de 2021*. Atuação da Polícia Militar na Sistemática de Defesa contra a Violência Doméstica. São Paulo, 2021c.
- SÃO PAULO (Estado). PMESP. *Diretriz nº PM3-008/02/20, de 29 de julho de 2020*. Câmeras Operacionais Portáteis (COP). São Paulo, 2012c.
- SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Segurança Pública. *Relatório Estatístico Criminal da Coordenadoria de Análise e Planejamento – 2019*. São Paulo, 2019c.
- SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Segurança Pública. *Relatório Estatístico Criminal da Coordenadoria de Análise e Planejamento – 2021*. São Paulo, 2021d.
- BRASIL (Constituição, 1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 junho 2022.
- PMESP, Cartilha de Prevenção às Manifestações Suicidas: Orientações aos Policial Militares. São Paulo, 2021.

Autor convidado

A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA: LEGITIMIDADE E FUNDAMENTOS

THE DEFENSIVE INVESTIGATION: LEGITIMACY AND FUNDAMENTALS

Nadir Mazloum

Pós-Graduando Lato sensu na Escola Paulista da Magistratura – Especialização em Direito Processual Penal. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2355549636052706>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4108-8577>

mazloum14@hotmail.com

Resumo: A investigação defensiva ganhou fôlego com o Projeto de Novo Código de Processo Penal, que procura introduzir esse instituto no Direito brasileiro. A ideia de que a defesa possa, por iniciativa própria, realizar atividade investigativa, suscita certos questionamentos a respeito da legitimidade desse novo modelo de investigação. Neste trabalho, procurar-se-á demonstrar que a investigação defensiva dispõe de sólidos fundamentos teóricos, e que as críticas que se lhe endereçam analisam o fenômeno de modo superficial, negligenciando todas as virtudes que esse instituto pode oferecer ao Processo Penal brasileiro.

Palavras-chave: Investigação defensiva – Novo Código de Processo Penal – Defesa – Processo Penal.

Abstract: The defensive investigation gained momentum with the Project for the New Code of Criminal Procedure, which seeks to introduce this institute into Brazilian law. The idea that the defense can, on its own initiative, carry out investigative activities, raises certain questions about the legitimacy of this new model of investigation. In this work, we will try to demonstrate that defensive investigation has solid theoretical foundations, and that the criticisms addressed to it analyze the phenomenon in a superficial way, neglecting all the virtues that this institute can offer to the Brazilian criminal procedure.

Keywords: Defensive investigation – New Code of Criminal Procedure – Defense – Criminal proceedings.

1. Introdução

O novo Código de Processo Penal voltou ao centro do debate na Câmara dos Deputados por meio do Projeto de Lei 8.045/2010. Dentre as novidades do projeto, a investigação defensiva é a que mais vem atraindo a atenção dos estudiosos. De um lado, há um óbvio entusiasmo por parte da defesa, que passará a contar com um instrumento com a virtude de colocá-la em pé de igualdade com a atuação investigativa/acusatória do Ministério Público; do outro, existem aqueles que enxergam a investigação defensiva com desconfiança, apontando algumas impropriedades desse novo instituto.

No presente trabalho, nos dedicaremos a demonstrar as virtudes da investigação defensiva por meio da análise de cada um dos possíveis argumentos contrários que, em tese, podem ser lançados contra ela.

Vejamos, então, os principais argumentos que podem ser lançados contra a investigação defensiva e se eles realmente têm fundamento:

2. A investigação oficial é imparcial e busca apenas a verdade

Diz-se que a desnecessidade de participação da defesa na fase preliminar decorre da ausência de partes litigantes, cada qual querendo fazer prevalecer a sua versão, como no sistema acusatório, mas uma verdadeira busca imparcial da verdade, característica do sistema inquisitório. E nessa busca imparcial pela verdade a autoridade será conduzida a recolher tanto a prova que incrimina como a prova que inocenta. A garantia da defesa estaria assegurada na própria índole da fase preliminar, feita para assegurar o descobrimento da verdade independentemente de quem ela favoreça.

O problema dessa versão é que ela descreve as coisas não como elas são, mas como deveriam ser, e é então categoricamente desmentida

pela realidade. Como lembra o italiano **Silvio Campani** (1879, p. 25), o ideal de uma autoridade que coleta, com igual cuidado, com igual amor, tanto as provas contrárias ao réu como aquelas favoráveis, se é um belo ideal, é ainda assim e tão somente um ideal, com o qual a inocência e o direito de defesa do réu não podem contar. Na prática, a teoria é outra. E o autor acrescenta ainda que essa busca oficial não pode oferecer garantias sérias à defesa em razão até de uma possível desonestidade no exercício da função: como afastar o perigo de a autoridade deixar de recolher as provas favoráveis ao réu mesmo deliberadamente? (1879, p. 26) Costuma-se trabalhar, de um modo deveras ingênuo, com uma espécie de presunção de boa-fé das autoridades policiais, a partir de uma importação indevida da presunção de veracidade dos atos administrativos que vigora no Direito Administrativo. Nesse contexto todo, a possível inocência de uma pessoa fica vulnerável à efetiva boa-fé do agente que goza dessa famigerada presunção, o que nem sempre se verifica.

Nesse contexto, a palavra imparcialidade, como pondera **Impallomeni** (1886, p. 37), é utilizada mais para enganar do que para esclarecer qualquer coisa, pois, se a imparcialidade do inquisidor fosse realmente a garantia de todos quanto à culpa ou inocência de alguém, a própria fase acusatória e a exigência da divisão de acusar, defender e julgar perderia sua razão de ser, e tudo voltaria a ser tão “simples” quanto nos tempos da Inquisição: bastaria o inquisidor e a sua determinada busca pela verdade! O erro da Inquisição foi justamente esse: acreditar que uma só pessoa poderia absorver funções de natureza tão diversas e psicologicamente incompatíveis. A imparcialidade não é um atributo que se desenvolve em si mesmo: ela é o produto do contraste de duas parciaisidades: a da acusação, querendo a busca das provas de suas razões, e a da defesa, querendo as suas. Sem a defesa, a dita imparcialidade se traduz na mais pura parcialidade: a busca apaixonada pela prova acusatória.

A investigação defensiva deita a sua razão de ser, então, na necessidade de se conferir à investigação oficial uma efetiva imparcialidade, que, sem o concurso da defesa, ela jamais poderia ter.

3. A participação do investigado na fase preliminar pode prejudicar a apuração da verdade

Costuma-se dizer que a fase inquisitiva deve ser também secreta para que a apuração da verdade não seja obstruída pelo interesse do investigado e de seu advogado em desviar o curso da justiça em obtê-la.

O grande problema dessa afirmação é a petição de princípio que nela vai implícita: a pressuposição de que toda a investigação tem como sujeito passivo um culpado. E aí a afirmação é absolutamente verdadeira: o investigado culpado tem todo interesse em ocultar a verdade e alterar os fatos que podem conduzir a ela. Mas já não é o que ocorre quando as autoridades concentram as suas investigações em um inocente. Os adeptos da negação da participação da defesa na fase preliminar, quando pregam com veemência essa negação, inadvertidamente excluem a hipótese sempre possível de um investigado inocente.

Como lembra o italiano **Vittorio Mele** (1959, p. 89), o inocente não tem interesse algum em “falsificar” a realidade ou “desviar” o curso da justiça: ele é o maior interessado em que os fatos sejam apurados e revelados tal como aconteceram, e aí a sua participação não só não deve ser considerada um perigo para a investigação, mas deve antes ser considerada positiva e desejável. Conclui, então, o italiano, que o segredo inquisitivo é corolário lógico da petição de princípio de se considerar o investigado como culpado:

Queste espressioni, nel loro positivo contenuto, si fondano sul presupposto che si abbia a che fare con un imputato probabilmente disonesto, o, se no disonesto, certamente colpevole: “sviare” significa infatti allontanare da una via (è evidente, dalla via giusta); falso è il contrario del vero; artificioso è il contrario del reale. E l'imputato innocente – in linea di massima – non ha interesse alcuno a sviare il retto corso della giustizia, creando una falsa realtà. Così come dovrebbe essere al contrario augurabile un attività dell'imputato innocente diretta a distruggere eventuali false prove raccolte dal giudice. Il segreto istruttorio, così inteso, è perciò un modo di considerare l'imputato colpevole ed anzi proprio nella sua responsabilità deve ricercarsi l'origine, la fonte del segreto.

Note-se a imprudência do raciocínio: o segredo da investigação tem fundamento na culpa do investigado; se então a investigação é secreta, é porque o investigado é culpado; se o investigado é culpado, a investigação deve então ser secreta; e a justiça, se perdendo nas insídias desse círculo vicioso, acaba sempre por considerar todo investigado como culpado, e, conseqüentemente, como um perigo para a verdade, quando em realidade a justiça está se privando de um colaborador para a busca dessa verdade.

Nesse contexto, cumpre lembrar que a inocência de uma pessoa investigada e a respectiva descoberta dessa inocência, não constitui

um interesse particular dele próprio, mas antes da justiça como um todo, afinal, quando a justiça toma posse da inocência de uma pessoa, ela, a rigor, está tomando posse da verdade, o que significa, visto o fenômeno pelo ângulo oposto, na persistência da investigação em busca do verdadeiro culpado.

A investigação defensiva, a favor do inocente, é, então, no rigor do fenômeno, uma investigação a favor da justiça e da verdade, pois essas duas finalidades – proteger o inocente e perseguir o culpado – são resultado óbvio e inexorável da busca da verdade, que é o que a investigação defensiva procura preservar.

4. Não há acusação na fase preliminar e, portanto, não há que se falar em direito de defesa e contraditório

A função da fase preliminar é acauteladora: busca-se, como a atuação rápida e enérgica das autoridades, assegurar que as fontes de prova não desapareçam. Não há, nessa fase, acusação formulada contra uma pessoa específica e, portanto, não há necessidade do direito de defesa e do contraditório.

Duas objeções devem ser feitas aqui: a primeira é que, embora não haja acusação formal, haverá a reunião das fontes de prova com as quais essa acusação será feita em juízo, e o interesse da defesa então, se não é ainda o de se defender da acusação, é ao menos o de estar preparada para quando esse momento se apresentar, e para isso ela também deve ter o poder de recolher as fontes de prova de sua futura defesa; a segunda é que a afirmação de que não há acusação contra uma

pessoa na fase preliminar não é inteiramente verdadeira.

Dizer que na fase preliminar não há contraditório porque não há acusação formal é ignorar o fato, nem sempre divisado, de que existem inúmeros atos na investigação que, embora não possam ser considerados uma acusação formal, carregam em si a “imputação implícita” da autoria do delito, que se manifesta em atos como a prisão preventiva, o reconhecimento de pessoas, a busca e apreensão, a quebra de sigilo bancário, as medidas assecuratórias, etc. **Carnelutti** (2004, p. 183), ao se debruçar sobre esse problema, demonstrou que a suspeita que recai sobre uma pessoa implica “uma antecipação da posição de imputado sobre a imputação”, que ocorre justamente quando, antes do oferecimento da denúncia, são praticados atos contra o suspeito que o colocam como imputado.

Com essas reflexões, **Carnelutti** (2004, p. 186) formulou a noção de imputado impróprio ou quase imputado, que é o indivíduo submetido aos atos da persecução penal sem ter contra si a denúncia formulada. Com isso, **Carnelutti** quer dizer que, embora não imputado, *rectius*, denunciado, o imputado impróprio é muitas vezes colocado, no plano fático, em situação equiparável ao imputado próprio, quando não em situações muito piores, como é o famigerado caso da prisão preventiva. Portanto, se não há acusação formal a ser rebatida na investigação, há, por assim dizer, uma acusação informal que paira no ar, consistente na suspeita que recai sobre o imputado impróprio, que o coloca na posição de sujeição a todos esses atos investigativos conducentes a comprovar aquela suspeita, atos que afetam sua honra, sua propriedade e sua liberdade.

Nesse contexto, **Impallomeni** (1886, p. 20) faz uma pertinente observação: na fase preliminar da persecução, pode acontecer absolutamente tudo contra o investigado: prisão cautelar, quebra de seu sigilo bancário, condução ao interrogatório, testemunhas ouvidas sem o seu conhecimento, perícias sendo feitas, medidas assecuratórias impostas contra o seu patrimônio, e o que se concede a ele nessa fase é, no máximo, a "misericórdia" de ao menos poder acompanhar a busca e apreensão que se faz na sua casa. E arremata: esse homem, que não tem o direito de saber nada do que se faz contra ele, que não tem o direito de reagir contra toda a acusação que está sendo construída contra ele, com qual nome deve ser designado?:

L'imputato nella istruzione preparatoria è un uomo accusato, processato, arrestato, condotto da un punto ad un altro, privato spesso per lungo tempo, prima del giudizio, della sua libertà, della sua famiglia, del suo lavoro, coi beni forse ipotecati a favore dello Stato – come può farsi per lo articolo 1969 del codice civile, prima della condanna in seguito al mandato di cattura, contro il quale si eleva tutto un edificio di denunce, informazioni, testimonianze, perizie, requisitorie, ordinanze, e che non ha il diritto di chiedere ragione della sua cattura, di conoscere donde e da che parte gli venga l'accusa, non può presenziare alcun atto, neanche le ispezioni oculari del giudice, gran mercè se gli si concede di assistere alle perquisizioni che si facciano in sua casa, ove sia presente, o sia in istato di arresto, art. 143. E quest' uomo che non ha il diritto di vedere, di sapere cosa alcuna, di reagire con forme legali contro ciò che si opera a carico di lui, con qual nome lo chiameremo?

Se, portanto, na fase preliminar da persecução penal, existem "atos objetivos que demonstrem o juízo de valor de atribuição da autoria do fato delituoso ao investigado" (GUIMARÃES, 2017, p. 123), o argumento de que não existe acusação na fase investigativa não se sustenta, o que torna a atividade defensiva uma exigência também nesta fase.

As objeções teóricas contra a investigação defensiva, vê-se bem, baseiam-se em premissas falsas. Por outro lado, a investigação defensiva apresenta outras virtudes:

5. Proporciona a efetiva paridade de armas no Processo Penal

O italiano **Gaetano Leto** (1887, p. 5), já no final do século XIX, levantou uma indagação muito oportuna: a legislação que veda a participação da defesa na fase preliminar da persecução penal, impõe a mesma proibição à parte acusadora? Um Processo Penal equilibrado e justo pressupõe que acusação e defesa disponham de poderes equivalentes de fazerem valer as suas razões. A exclusão da defesa da fase de busca de fontes de provas que serão utilizadas na fase dos debates públicos coloca a acusação em uma posição absolutamente confortável: os debates públicos e orais serão orientados com base em provas carreadas apenas pelo Ministério Público.

A virtude da investigação defensiva é de conferir à defesa o poder de providenciar fontes de prova que, por descuido, ou até mesmo deliberadamente, vale enfatizar, não foram coletadas pela autoridade

investigativa, deixando a defesa em uma posição absolutamente fragilizada. A paridade de armas deve incidir, portanto, desde o início da persecução penal, para que a defesa tenha o poder de buscar as fontes de prova eventualmente existentes que possam subsidiar as suas razões na fase de debates. Como já explicava **Impallomeni** (1886, p. 24), a "*difesa dei diritti dello imputato non si concepisce, senza che questi abbia a propria tutela un potere da contrapporre a quello del pubblico accusatore e dello inquirente.*"

6. Proporciona um efetivo contraditório no Processo Penal

Como corolário do item anterior, a investigação defensiva desloca o direito de defesa de sua posição passiva – e extremamente vulnerável – consistente em meramente arrazoar sobre as provas da acusação, para uma posição ativa, consistente em defender-se provando. É o que já defendiam **Giuseppe** e **Rodolfo Bettiol** (2008, p. 183):

O outro princípio constitucional é aquele do direito de defender-se provando. O direito de defesa não se resolve no argumentar sobre as provas da acusação, mas em igualdade de condições com aquela última de introduzir a prova contrária e toda outra prova útil.

Existem inúmeros exemplos de como a ausência desse poder investigativo da defesa resulta num aporte de provas exclusivamente da acusação na fase processual: nos crimes de roubo, a defesa requer as imagens de um coletivo ou das câmeras de segurança do estabelecimento para tentar comprovar que o acusado, embora "reconhecido" pela vítima, não foi o autor do delito, e o pedido é sumariamente negado, por ser meramente "protelatório"; o entendimento de que é desnecessária a degravação integral das interceptações telefônicas, ficando então a defesa com aquilo que as autoridades selecionaram a conta-gotas para ingressar no processo; entre outros. Com a investigação defensiva, essas situações poderão ser contornadas, garantindo o direito de todo acusado poder provar a sua inocência.

7. Conclusão

Em conclusão, parece-nos que a desconfiança em relação à investigação defensiva não é senão o reflexo da desconfiança que sempre se teve em relação à advocacia: partindo-se de um maniqueísmo pueril que coloca o Ministério Público como representante da sociedade e da verdade, passa-se a enxergar no advogado um profissional da "mentira", da "dissimulação", da "malícia", e a investigação defensiva, "por tabela", passa a ser vista da mesma forma. Todas as objeções contra a investigação defensiva, se bem analisadas, tem como causa oculta esse inconfessável desprezo pela defesa, entendida como um trabalho sujo de "auxiliar" o seu cliente a escapar das garras da justiça. Nada mais equivocado: a defesa busca justiça como qualquer outro sujeito processual, e ela deve ser protagonista nessa busca, e não mera coadjuvante.

Não se pode demonizar a investigação defensiva. Ela tem cabimento no Direito brasileiro e, na verdade, chega com anos de atraso. As reflexões a seu respeito devem ser mais no sentido de se fixar limites legais a ela e menos a respeito da sua legitimidade, que, a esta altura, não pode ser questionada.

Referências

BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de Direito e Processo Penal*. Trad. Almicare Carletti. São Paulo: Pillares, 2008.
CAMPANI, Silvio. *La difesa penale in Italia*. v. primo. Bologna: Presso Nicola Zanichelli, 1879.
CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*. v. 1. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004.
GUIMARÃES, Johnny Wilson Batista. *Imputação criminal preliminar e indiciamento:*

legitimidade e conformação constitucional. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
IMPALLOMENI, Giovanni Battista. *La difesa dell'imputato nella istruzione preparatoria*. Palermo: Ditta Giuseppe Pedone Lauriel, 1886.
LETO, Gaetano. *Il pubblico accusatore e l'imputato*. Palermo: Stabilimento Tipografico Virzi, 1887.
MELE, Vittorio. *Il segreto istruttorio*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1959.

Recebido em: 24.11.2021 - Aprovado em: 11.05.2022 - Versão final: 10.06.2022

AUDIÊNCIAS CRIMINAIS VIRTUAIS EM CONTEXTO PANDÊMICO: UMA CRÍTICA À “RETIRADA DO RÉU DA SALA VIRTUAL” À LUZ DO ART. 217 CPP

VIRTUAL CRIMINAL HEARINGS IN THE PANDEMIC CONTEXT: A REVIEW OF THE “REMOVAL OF THE DEFENDANT FROM THE VIRTUAL ROOM” IN LIGHT OF THE ART. 217 CPP

Lucas Barosi Liotti

Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Penal Econômico, Internacional e Europeu e em *Compliance* e Direito Penal, ambos pelo IDPEE/Coimbra.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3315207429352134>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3992-2745>

barosilucas@gmail.com

Túlio Felipe Xavier Januário

Doutorando e mestre em Direito pela Universidade de Coimbra, com período de investigação financiado pelo programa “ERASMUS+” na Georg-August-Universität Göttingen. Bolsista de investigação da FCT.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1894712298793127>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0400-1273>

tuliofxj@gmail.com

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo responder aos seguintes questionamentos: como compatibilizar as disposições previstas no Art. 217 do CPP com a realização de audiências criminais virtuais em razão do contexto pandêmico? Em outras palavras, qual deveria ser a adequada atitude a ser tomada pelo(a) magistrado(a) ao se deparar com a hipótese de temor, por parte do Ofendido ou da Testemunha, de prestar depoimento na “presença” do Acusado na sala de audiência virtual? E quais seriam as consequências jurídico-processuais de eventuais irregularidades neste procedimento? Após uma breve análise da legislação e doutrina aplicável à matéria e, principalmente, de uma leitura crítica do entendimento jurisprudencial majoritário acerca da ilicitude ou não da retirada do Réu da sala de audiências e os requisitos a serem observados para tanto, buscaremos demonstrar, ao fim do artigo, a existência de alternativas menos gravosas, que poderiam ser tomadas pelo(a) magistrado(a), havendo latente nulidade na retirada do Réu da sala de audiência virtual, sem observância estrita do Art. 217 do CPP.

Palavras-chave: Covid-19 – Audiências criminais virtuais – Videoconferência – Retirada do réu – 217 CPP.

Abstract: The aim of the present paper is to address the following questions: how to align the provisions of the Art. 217 CPP with the virtual criminal hearings carried out during the pandemic context? In other words, what should be the proper attitude to be taken by the judge when faced with the hypothesis of fear, on the part of the Victim or the Witness, of giving testimony in the “presence” of the Defendant in the “virtual room”? And what would be the legal consequences of the irregularities in this procedure? After a brief analysis on the legislation and doctrine applicable to the matter and, mainly, a critical reading of the jurisprudence related to the (i) legality of removing the Defendant from the courtroom and the requirements to be observed for this, we will seek to demonstrate, in the end of the article, the existence of less burdensome alternatives that could be taken by the judge, with latent nullity in the removal of the Defendant from the virtual courtroom without strict observance of Article 217 CPP.

Keywords: Covid-19 – Virtual criminal hearings – Videoconference – Removal of the Defendant – 217 CPP.

É de notório conhecimento que, em virtude da pandemia do COVID-19, se viu o funcionamento do sistema de justiça bastante afetado, sendo demandadas, em algumas situações, significativas adaptações procedimentais para assegurar a continuidade dos processos. Uma destas medidas foi a realização de audiências por videoconferência,¹ as quais foram, inclusive, autorizadas e regulamentadas pelo CNJ, através, por exemplo, das Resoluções 314 e 329, e da Recomendação 62, todas de 2020 (BRASIL, 2020A; 2020B; 2020C).

A partir dessa autorização, grande parte das audiências de instrução e julgamento em processos criminais ocorreram em ambiente virtual. Em regra, os links de acesso às salas de audiência eram previamente encaminhados ao representante do MP, defensor(es), vítima(s) (se houver), testemunha(s) e ao próprio Acusado – inclusive se estivesse preso, caso em que acompanharia a audiência e seria interrogado por videoconferência de dentro de sala reservada no estabelecimento prisional.²

É importante destacar, de pronto, que a doutrina aponta algumas

objeções à realização de audiências criminais virtuais. Diogo Malan (2020, n.p.), por exemplo, observa eventuais violações às garantias da I) imediação, II) do contraditório, III) do direito ao confronto e do IV) direito de presença. Aliás, no que se refere ao direito ao confronto, ele não se encerraria na mera noção de poder confrontar as testemunhas, mas de maneira mais ampla, englobaria o direito do Acusado (i) à produção da prova testemunhal em audiência pública; (ii) a presenciar a produção da prova testemunhal; (iii) de produzir a prova testemunhal na presença do julgador do mérito da causa; (iv) à determinação às testemunhas do compromisso de dizer a verdade; (v) de ter conhecimento da verdadeira identidade das testemunhas; (vi) à inquirição das fontes de prova testemunhal desfavoráveis, no momento de sua produção; (viii) de se comunicar com o(a) advogado(a) durante a produção da prova oral; e (viii) de influenciar na decisão judicial (FIGUEIREDO, 2017, p. 12-13; MAFFEI apud MALAN, 2009, p. 74-91).

Sem menosprezo das outras relevantes controvérsias relacionadas a estes procedimentos,³ o objetivo do presente trabalho

circunscreve-se a uma problemática específica: se a audiência de instrução e julgamento já estava sendo realizada em ambiente virtual, caso a testemunha solicitasse para ser inquirida na “ausência” do réu, poderia o magistrado retirar o Acusado da sala (virtual), impedindo-o de acompanhar o depoimento da testemunha?

A questão se coloca e ganha vulto diante da previsão do Art. 217 do CPP (BRASIL, 1941), que dispõe que, em regra, caso a testemunha se oponha a declarar na frente do Acusado, sua inquirição será realizada por videoconferência e, excepcionalmente, o Acusado será retirado da sala de audiência, caso a videoconferência não seja possível.⁴ Contudo, como proceder caso todos os atos da audiência já estiverem sendo realizados mediante videoconferência? Admitir-se-ia a retirada do Acusado da sala virtual? Haveria soluções menos gravosas?

Vale mencionar que, em situações de normalidade, ou seja, aquando da realização de audiências presenciais e fora de um quadro pandêmico, a subsidiariedade da retirada do Réu da sala de audiências é observada não apenas no supramencionado art. 217 do CPP, mas também no Art. 185, §3º, III, *in fine*, do CPP, que prevê que o interrogatório do réu preso só será feito por videoconferência para proteger a Vítima ou a Testemunha se, antes, não se puder inquirir estas por videoconferência.

O cotidiano forense, contudo, nos revela uma inversão na ordem destas práticas, sendo frequentemente observada a retirada do Réu da sala de inquirição da Testemunha como medida já inicialmente adotada.⁵

Além disso, quando provocado a se manifestar sobre essa questão, o STJ não reconheceu ilicitude na prática, fundamentando a convalidação do ato em quatro argumentos: I) a falta de condições materiais e aparatos tecnológicos suficientes para a realização do ato conforme disciplina a lei; II) que o princípio da verdade real imporia a colheita do depoimento o mais “desinfluenciado” possível da testemunha, razão pela qual, entre o direito do réu de assistir à produção de provas e o da testemunha de não depor em sua presença, este deveria prevalecer; III) que o fato de o defensor do Acusado permanecer na sala afastaria a alegação de violação à ampla defesa; IV) que a própria Lei autorizaria a retirada da sala, quando a mera presença do Acusado causasse humilhação, temor ou constrangimento à testemunha ou ao ofendido, prejudicando seus depoimentos.⁶

Contudo, parece-nos que, dos quatro argumentos invocados, apenas ao primeiro merece, de fato, assistir razão. Se faltam condições materiais e aparatos tecnológicos suficientes para tanto, não seria correto ter de submeter a testemunha ou vítima ao depoimento na presença do Réu, sob pena de lhe causar humilhação, temor ou constrangimento e, em último termo, de prejuízo da própria fiabilidade de seu depoimento.

Pelo contrário, caso existentes as aludidas condições, não nos parece se justificar a retirada do Réu da sala de audiências. Ora, se, por um lado, é certo que o Art. 217 do CPP prevê essa hipótese, por outro, o dispositivo estabelece uma ordem sucessiva de etapas

a ser observada. No fundo, a interpretação dada pelo STJ acaba por ignorar a subsidiariedade da medida, desconsiderando a ordem escalonada de soluções ditada pelo legislador no Art. 217 do CPP.

Ademais, a permanência do defensor na sala de audiências, enquanto o Acusado está ausente, não nos parece suficiente para afastar a violação à ampla defesa, sobretudo no que diz respeito à sua autodefesa. Ora, ainda que respeitado o direito à defesa técnica, parece-nos pouco discutível que o Acusado, ao acompanhar o depoimento, teria melhores condições de esclarecer a narrativa de um fato que, na forma como dita pela testemunha, poderia lhe prejudicar. Portanto, uma parcela do direito à ampla defesa permaneceria desprotegida por essa medida.

Quanto ao choque normativo entre o direito do Réu à ampla defesa e ao contraditório; de um lado, e o suposto princípio da “verdade real”, de outro, a concordância prática parece já ter sido dada pelo próprio legislador, ao estabelecer uma ordem escalonada de medidas a serem tomadas caso a testemunha se sinta intimidada. A busca da verdade apenas poderia prevalecer, ou melhor, justificar a restrição ao direito à autodefesa, quando não fosse possível assegurar este último por outro meio, tal como com a inquirição da testemunha por videoconferência. Jamais poderá ele ser invocado para subverter a

ordem de subsidiariedade prevista em lei, suprimindo a autodefesa, mesmo em hipóteses nas quais ela seria evitável.

A partir destas considerações quanto ao posicionamento jurisprudencial preponderante na matéria, questiona-se: como os tribunais e julgadores de 1ª instância enfrentaram a problemática do “temor por parte do ofendido e da testemunha” nas audiências integralmente virtuais, que foram realizadas no período de pandemia? Quais soluções foram por eles adotadas? Haveria compatibilidade delas para com os direitos e garantias processuais assegurados ao Acusado? Quais seriam as possíveis alternativas para tanto?

Na linha dos argumentos *supra* expostos, pensamos que a resposta tenha de ser buscada dentro das

seguintes balizas: uma vez que, na hipótese de a audiência já estar sendo realizada em ambiente virtual e, portanto, de a inquirição da testemunha já estar sendo realizada por videoconferência, não haveria maiores justificativas para impossibilitar o Réu de acompanhar todos os atos da audiência. É dizer, não mais subsistiria a única razão legítima pela qual se poderia impedi-lo deste acompanhamento, qual seja, a inexistência de tecnologia suficiente para a realização do ato.

Portanto, para se assegurar o direito fundamental do Acusado à autodefesa e ao contraditório, sem que haja desatenção a que o depoimento da testemunha seja dado de forma livre de temor, ameaça ou constrangimento, uma medida inicial que deveria ter sido tomada seria, a princípio, que fosse dada ao Ofendido ou à Vítima, reservadamente e antes do início da audiência, a informação de que seu depoimento poderia ser colhido com o Acusado virtualmente “presente” ou, excepcionalmente, ausente, caso ele(a) assim preferisse.

"ORA, AINDA QUE RESPEITADO O DIREITO À DEFESA TÉCNICA, PARECE-NOS POUCO DISCUTÍVEL QUE O ACUSADO, AO ACOMPANHAR O DEPOIMENTO, TERIA MELHORES CONDIÇÕES DE ESCLARECER A NARRATIVA DE UM FATO QUE, NA FORMA COMO DITA PELA TESTEMUNHA, PODERIA LHE PREJUDICAR. PORTANTO, UMA PARCELA DO DIREITO À AMPLA DEFESA PERMANECERIA DESPROTEGIDA POR ESSA MEDIDA."

Nesta última hipótese, caso o magistrado verificasse que a presença do Réu poderia causar humilhação, temor ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo a vir a prejudicar a verdade do depoimento, duas medidas alternativas poderiam ser tomadas: I) ou a possibilidade de que o Réu acompanhasse, no mínimo, o conteúdo do que fosse dito na inquirição, ainda que sem necessariamente ver a imagem da testemunha ou ouvir a sua real voz, de forma que tampouco a testemunha fosse confrontada com a imagem do Acusado ou com a informação de que ele estivesse logado na sala; II) ou, na excepcional hipótese de retirada do Réu da sala virtual, não deveria o juiz proceder, imediatamente após a inquirição da testemunha, ao seu interrogatório. Antes, deveria ser dado acesso integral ao depoimento colhido para somente então interrogá-lo.⁷

Somente dentro destas duas hipóteses parece ser alcançada a concordância prática entre os direitos da testemunha e do Acusado e a busca da “verdade”,⁸ protegendo-os todos ao máximo e sem menoscabá-los para além das hipóteses verdadeiramente inevitáveis. Do contrário, a simples retirada do Acusado da sala de audiência virtual, como medida primária, restringiria o direito fundamental à autodefesa e ao contraditório do Réu fora dos casos indispensáveis, uma vez que disponíveis meios menos restritivos e que assegurem os outros direitos em conflito na mesma intensidade.

E, sendo assim, nas hipóteses em que a retirada do Réu da sala virtual fora tomada como medida primeira, sem a observância das demonstradas alternativas menos gravosas aos seus direitos e garantias, a outra solução não se pode chegar que não a da existência de nulidade do ato, nos termos do Art. 564, IV, CPP, desde que comprovado o prejuízo decorrente desta conduta.⁹

Notas

- Exemplificativamente, por todos, vide a Portaria nº. 6.414/CGJ/2020, do TJMG e o Provimento CGJ nº 38/2020, do TJRJ, em: ESTADO DE MINAS GERAIS, 2020; ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2020.
- Vale dizer, de acordo com o artigo 185, §4º, do CPP, é direito de todo acusado preso que será interrogado por videoconferência acompanhar todos os atos da audiência. “Art. 184, §4º: “Antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400, 411 e 531 deste Código” (BRASIL, 1941).
- Uma visão panorâmica das mesmas, bem como de possíveis soluções, pode ser encontrada em: GALVÃO, 2015, passim. Especificamente quanto ao “Tribunal do Júri virtual”, vide: RODRIGUES; MALTA, 2021, passim.
- De qualquer forma, apenas o acusado deve ser retirado da sala de audiência, jamais seu defensor. Nesse sentido, vd.: LOPES JR., 2021, p. 423.
- Em recente decisão monocrática proferida no REsp. 1.977.197/RS, o STJ entendeu pela inexistência de cerceamento de defesa pela retirada do Réu da sala de audiência virtual, em virtude de manifestação de temor, por parte das vítimas e testemunhas, de prestar declarações na presença daquele. Cfr.: STJ, 2022.
- Por todos, conferir o RHC 102.306/ES, de Relatoria do Ministro Jorge Mussi, em: STJ, 2018.
- Aury Lopes Jr. ensina: “Ao réu é assegurado o direito a última palavra pressupondo, sempre, que tenha pleno conhecimento de todas as provas que foram produzidas contra si. Desta forma, se não presenciou algum depoimento porque foi determinada

sua retirada da sala de audiências, deverá o juiz garantir-lhe acesso integral e pelo tempo que for necessário a esses depoimentos, para somente após proceder ao interrogatório” (LOPES JR., 2021, p. 508 e 543). No mesmo sentido, Guilherme Madeira Dezem: “deve o magistrado franquear o acesso aos termos de depoimentos das testemunhas para que, apenas então, o acusado possa ser interrogado. Caso esse procedimento não seja efetivado e o interrogatório se dê sem o conhecimento do material probatório produzido sem a presença do acusado, não se terá o interrogatório como meio de defesa, desnaturando-se sua natureza jurídica” (DEZEM, 2010, p. 6).

- Não desconsideramos, aqui, a já antiga discussão acerca da (im)possibilidade e (in) adequação da busca da verdade como um fim do Direito Penal. Ainda que uma análise detalhada desta questão ultrapasse os objetivos do trabalho, é importante mencionar que, para os seus fins, a “verdade” é aqui entendida como a “verdade processualmente válida, em que a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo se vincula a regras precisas, que assegurem às partes maior controle sobre a atividade jurisprudencial” (BRASIL, 2021B). Vide ainda, sobre essa controvérsia: BRASIL, 2021A; LIOTTI, 2020, passim).
- Não desconhecemos, de forma alguma, a controvérsia doutrinária e jurisprudencial existente em matéria de diferenciação entre nulidades *absolutas* e *relativas* e sua aplicabilidade no processo penal. Parece-nos, contudo, que uma vez que a jurisprudência nacional tem entendimento consolidado no sentido da necessidade de demonstração do prejuízo em ambas as espécies, uma análise crítica desta temática acabaria escapando aos objetivos centrais do trabalho. Para uma análise profunda destas questões, vide: GLOECKNER, 2021, n.p..

Referências

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação n.º 62, de 17 de março de 2020A*: Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>>. Acesso em 10 de junho de 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n.º 314, de 20 de abril de 2020B*: Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pela Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, modifica as regras de suspensão de prazos processuais e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3283>>. Acesso em 10 de novembro de 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n.º 329, de 30 de julho de 2020C*: Regulamenta e estabelece critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal nº 06/2020, em razão da pandemia mundial por Covid-19. Disponível em: <https://legalclouds3.s3-sa-east-1.amazonaws.com/dje/STF/CNJ/20200731_cnj_resolucao_329.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941*: Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 10 de maio de 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). *Rcl. 36.734/SP*. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, 10 de fevereiro de 2021A. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 10 de junho de 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *RHC 102.306/ES*. Relator Ministro Jorge Mussi, 04 de outubro de 2018. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 10 de junho de 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *HC 630.949/SP*. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, 23 de março de 2021B. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 10 de junho de 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Decisão Monocrática). *REsp. 1.977.197*. Relator Ministro Ribeiro Dantas, 11 de março de 2022. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 10 de junho de 2022.

DEZEM, Guilherme Madeira. Produção da prova testemunhal e interrogatório: correlações necessárias. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 17, n. 207, p. 6-7, fev. 2010.

ESTADO DE MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Portaria nº. 6.414/CGJ/2020*: Disciplina o procedimento experimental de realização de audiências por videoconferência nas unidades judiciárias da Justiça de Primeira Instância do Estado de Minas Gerais, no período de isolamento social decorrente da pandemia de Coronavírus (COVID-19). Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/informes/audiencias-por-videoconferencia.htm#YJlis7VKjU>>. Acesso em 10 de maio de 2021.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Provimento CGJ Nº 38/2020*: Disciplina o funcionamento dos juízos de primeira instância, das centrais de cumprimento de mandado e núcleos de auxílio recíproco, e das equipes técnicas interdisciplinares, bem como, do serviço interno na Corregedoria Geral da Justiça, durante a vigência do Plantão Extraordinário. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/1017893/0/prov+CGJ+38-2020.pdf/c60314b4-86d6-1d5e-8ddc-16ac2f931686>>. Acesso em 10 de maio de 2021.

FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras de. *O direito do acusado ao confronto das testemunhas de acusação na produção da prova penal*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017.

GALVÃO, Danyelle da Silva. *Interrogatório por videoconferência*. São Paulo: LiberArs, 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Comentários ao Título I do Livro III do Código de Processo Penal. In: GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacarias; BADARÓ, Gustavo Henrique (coords.). *Código de processo penal comentado*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Versão ebook. Não Paginada.

LIOTTI, Lucas Barosi. *A busca da verdade no processo penal – uma finalidade inabdicável, embora não única nem preponderante*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MALAN, Diogo. *Advocacia criminal e julgamento por videoconferência*. *Conjur*, 15 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-15/diogo-malan-advocacia-criminal-julgamento-videoconferencia#sdfototes5sym>>. Acesso em 10 de novembro de 2021.

MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RODRIGUES, Ronald P.; MALTA, Nigel S. Tribunal do júri virtual: em busca da harmonização entre as soluções emergenciais ocasionadas pela pandemia do novo coronavírus e a observância dos preceitos constitucionais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, p. 475-508, jan./abr. 2021. <https://doi.org/10.22197/16dppv71439>.

Recebido em: 24.11.2021 - Aprovado em: 25.04.2022 - Versão final: 10.06.2022

DOIS PACOTES DE MIOJO, UMA COCA-COLA E UM SAQUINHO DE TANG: SOBRE O BRASIL E O PREÇO DA LIBERDADE

TWO PACKAGES OF INSTANT NOODLES, A COKE AND A BAG OF TANG:
ABOUT BRAZIL AND THE PRICE OF FREEDOM

Graziela Jurça Fanti

Pós-graduanda em Direito Penal e Criminologia pelo Introcrim/CEI (2021/2022). Bacharela em Direito pela USP.

Pesquisadora em Direito Penal e Criminologia. Advogada criminalista.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3473149298874283>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8669-5103>

grazijurca@live.com

Resumo: O presente artigo busca, através de uma análise crítica, compreender os elementos por trás da prisão da mulher encarcerada em São Paulo, acusada de furtar alimentos de aproximadamente R\$ 22,00, correlacionando brevemente o ocorrido com a herança discriminatória brasileira, os índices de fome e desemprego no Brasil, bem como a situação alarmante gerada pela pandemia de Covid-19 no território.

Palavras-chave: Covid-19 – Mito da democracia racial – Racismo – Clientes preferenciais do Direito Penal – Pobreza.

Abstract: This article seeks, through a critical analysis, to understand the elements behind the arrest of a woman incarcerated in São Paulo, accused of stealing food for approximately R\$22.00, briefly correlating what happened with the discriminatory Brazilian heritage, the hunger rates and unemployment in Brazil, as well as the alarming situation generated by the Covid-19 pandemic in the territory.

Keywords: Covid-19 – Myth of racial democracy – Racism – Preferential clients of criminal law – Poverty.

1. Introdução

No dia 29 de setembro de 2021, uma mulher¹ foi presa após furtar um mercado, na Vila Mariana, bairro de classe média da cidade de São Paulo. Mãe de cinco filhos, com dois, três, seis, oito e dezesseis anos, foi acusada de subtrair dois pacotes de miojo, um refrigerante da marca Coca-Cola e um pacote de suco em pó Tang – em totalizando um valor aproximado de R\$ 21,69. Antes da chegada da polícia, a mulher devolveu uma lata de leite condensado, tendo se recusado a entregar o restante.

Após dizer que havia furtado os produtos por estar com fome, foi levada à delegacia e, presa em flagrante pelo crime de furto (art. 155, caput, do Código Penal Brasileiro), passou por audiência de custódia, ocasião na qual o Ministério Público pediu a conversão da prisão flagrante em prisão preventiva.

Ao deferir o pedido, o Juiz do caso entendeu que a ausência de atividade laboral remunerada (ou seja, o desemprego), poderia ser indicativo de que as atividades ilícitas sejam fonte “ao menos alternativa de renda (modelo de vida)”, gerando a liberdade, portanto, “presumível retorno às vias delitivas” como modelo de sustento.

Na mesma ocasião, citou o Magistrado que, não sendo cabível o princípio da insignificância:

O momento impõe maior rigor na custódia cautelar, pois a população está fragilizada no interior de suas residências, devendo ser protegidas pelos poderes públicos e pelo Poder Judiciário contra aqueles que, ao invés de se recolherem, vão às ruas com a finalidade única de delinquir. (p. 52 do processo)

Impetrado *Habeas Corpus* contra a decisão, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo indeferiu o pedido de liberdade, levando a Defensoria Pública do Estado de São Paulo (representante da mulher encarcerada) a recorrer ao Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Este órgão, por sua vez, através da relatoria do Min. Joel Ilan Paciornik, ponderou que ao valor dos produtos furtados (menos de 2% do salário-mínimo) cabe o “princípio da insignificância”, uma vez que ínfimo o grau de lesão ao bem jurídico aqui tutelado. Assim, o Habeas Corpus foi deferido e a mulher foi colocada em liberdade após detida por cerca de 14 dias.

Assim, o presente artigo busca, através de uma análise crítica, compreender os processos históricos, raciais e sociais por trás da prisão da mulher.

2. A desigualdade racial, a pobreza e a Pandemia de Covid-19

No processo em questão, os magistrados, na tentativa de justificar a necessária permanência da mulher no cárcere, argumentaram que a condição de desemprego poderia ser um facilitador da volta desta à delinquência – sendo ela, portanto, um perigo para a sociedade. E mais: a situação da pandemia de Covid-19 seria de “maior rigor na custódia cautelar”, pois a população estaria recolhida aos seus lares enquanto os delinquentes vão às ruas, tendo como propósito disseminar o caos e o medo através do crime.

Durante a pandemia de Covid-19 no Brasil, a desigualdade racial na pobreza ficou mais evidente. Isso pois “o vírus ajudou a forjar (...) um discurso reverberado pela imprensa de que seria uma doença que atinge a todos”, sendo uma doença “democrática” (GODIM DE OLIVEIRA *et all*, 2020), ao ignorar os efeitos do isolamento social e da consequente retração econômica nas populações de baixa renda, dependentes do trabalho informal e vitimadas pela pobreza.

O número de mortos por Covid-19 no Brasil entre pessoas pretas e pardas foi percentualmente maior quando comparado aos índices das pessoas brancas. As internações, porém, não seguem a mesma métrica: mais pessoas brancas foram internadas do que pessoas pretas e pardas (GODIM DE OLIVEIRA *et all*, 2020), entendendo-se que as pessoas pretas e pardas sequer puderam ser atendidas por hospitais e clínicas – reflexo das dificuldades de acesso dessa população à saúde.

No mais, a Covid-19 aumentou a desigualdade racial no mercado

de trabalho brasileiro: pretos e pardos, que representam 56,8% da população brasileira, foram os mais prejudicados pelos efeitos da pandemia: na passagem do primeiro para o segundo trimestre de 2020, houve um aumento na taxa de desemprego de 2,06 pontos percentuais entre os pretos, 1,4 entre os pardos e apenas 0,6 entre os brancos.

Nesse sentido, a taxa de desemprego entre pretos foi a 17,8% e entre os pardos 15,4%, enquanto entre os brancos ficou em 10,4% – o que representa 2,9% a menos do que a taxa geral do país, que foi de 13,3%. E mais: apesar de as pessoas pretas e pardas terem o maior percentual de participação na força de trabalho, sua queda foi mais intensa quando comparadas aos brancos, segundo o IBGE (SILVEIRA *et all*, 2020).

Além da pandemia, porém, importa pontuar que o Brasil percentualmente encarcera cada vez mais, principalmente pretos e pobres: dados do 14º Anuário Brasileiro de Segurança Pública apontam que, dos 657,8 mil presos com informações de cor/raça cadastrada no sistema, 438,7 mil são negros, o que representa 66,7% do total. Nos últimos 15 anos, enquanto a proporção de

presos no sistema carcerário cresceu 14, a de brancos diminuiu 19% (ACAYABA; REIS, 2020).

3. O preço da liberdade

Enquadrada no crime de furto, a mulher encarcerada pegou para si – para alimentação sua e dos filhos – o valor de pouco menos de vinte e dois reais. O magistrado que conduziu a audiência de custódia afastou o princípio da insignificância, pois se entendeu que a condição de reincidente da agente seria “impregnada de significatividade lesiva (...) não obstante o pequeno valor da *res furtiva*”, considerando, para tanto, o elevado grau de reprovabilidade da conduta” (p. 54 do processo), ignorando também a situação da pandemia de Covid-19 no país, que aumentou a já latente desigualdade social e o desemprego, crescendo, por consequência, o número de pessoas em situação de fome no país.

Sobre isso, dados de 2020 da Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional (Penssan) apontam

que 19 milhões de brasileiros estão em situação de fome no país, número significativamente maior do que os 10,3 milhões de cidadãos nessa condição em 2018 (ALEGRETTI, 2021).

Casos como esse – de pessoas presas acusadas de furto comida em pequenas quantias –, segundo narram defensores públicos ouvidos por **Leandro Machado** (2021), têm aparecido cada vez mais em tribunais pelo país, o que pode ser entendido como um sintoma da pandemia e do aumento da fome. Mais do que isso: juízes e desembargadores estão mantendo a custódia dos acusados e conde-

nando-lhes à prisão, ignorando por completo a situação socioeconômica latente do país.

Só ao considerar o aparato estatal envolvido, como os policiais, o delegado, os agentes carcerários, o juiz, escreventes, defensores públicos, oficiais de justiça, promotores, desembargadores etc. – os custos para mover a máquina pública – são muito maiores do que o próprio valor do crime.

A problemática, porém, não para por aí. Em carreiras jurídicas, a estrutura racial se mantém quase que estática, mesmo após 133 anos da abolição da escravatura: em Censo Racial realizado pelo Ministério Público de São Paulo, dentre os 82% dos Promotores e Procuradores de Justiça que responderam ao questionário, apenas 4% se declararam pretos ou pardos. Dados do Conselho Nacional de Justiça de 2014 também apresentam proporções baixas: 15,6% se autodeclararam como sendo pretos ou pardos, percentual este que cai para 8,9% quando a análise recai sobre os tribunais superiores, o que está atrelado aos mecanismos de promoção de carreira (VENTURINI; RAMENZONI, 2016). Em outras palavras: apesar das pessoas acusadas e julgadas pelos tribunais serem majoritariamente

"CASOS COMO ESSE – DE PESSOAS PRESAS ACUSADAS DE FURTAR COMIDA EM PEQUENAS QUANTIAS –, SEGUNDO NARRAM DEFENSORES PÚBLICOS OUVIDOS POR LEANDRO MACHADO (2021), TÊM APARECIDO CADA VEZ MAIS EM TRIBUNAIS PELO PAÍS, O QUE PODE SER ENTENDIDO COMO UM SINTOMA DA PANDEMIA E DO AUMENTO DA FOME."

pretas ou pardas, a mesma proporção não se mantém quando o olhar se volta para acusadores e julgadores.

4. O Brasil e o mito da democracia racial

O racismo se desenvolveu como sendo uma arma para justificar a invasão de áreas ditas “inferiores” (menos desenvolvidas e selvagens), sob o pressuposto de que seriam salvas pela civilização – a de modelo europeu, é claro –, conforme ensina **Nunes dos Santos** (2019, p. 218).

No Brasil, as práticas discriminatórias racistas remontam à ocupação do território: enquanto uma elite branca era responsável pela gestão de capital e de poder, pretos e pardos (entre eles mulheres, homens, crianças e idosos) eram escravizados para trabalhar nas lavouras da colônia. Ao passar dos anos, embora a escravidão tenha sido formalmente abolida, aos pretos foi legado o lugar de subalternização, com ênfase em trabalhos informais e braçais, sem acesso igualitário aos empregos formais e ao ensino superior, por exemplo.

Nesse sentido, o mito da democracia racial foi responsável por dar um caráter de legalidade à questão, propagando uma teoria de harmonia entre as raças² e ignorando a escravidão do povo preto (e a concentração do poder econômico na mão de uma elite branca) como um fator socioeconômico relevante para a compreensão da pobreza no país. Assim, o fracasso dos pretos não seria nada além do que fruto de sua própria preguiça e incompetência (DOMINGUES, 2005, p. 117).

O Judiciário, é claro, também reproduz essa dinâmica de poder. O discurso do magistrado, bastante atrelado à “Lei e Ordem”, tenta encontrar na lei a justificação para a segregação de uns em detrimento da segurança de outros. Essa tentativa de justificação é mais perceptível a partir da década de 1970, marcada pelo rápido aumento do caráter fundamentalmente discriminatório das práticas policiais e judiciais (WACQUANT, 2001, p. 62).

No caso aqui tratado, o baixo valor dos itens furtados, quando

correlacionado ao uso do poder estatal para perseguir criminalmente a mulher, a partir de sua segregação social “pelo bem de todos”, se relaciona à ideia de cliente preferencial do Direito Penal Brasileiro: ao passo que o Direito Penal é utilizado como meio de controle de classes submissas, essa inferiorização recai essencialmente sobre os excluídos sociais: pobres, pretos e pardos, aqueles que historicamente foram relegados a um lugar de subalternidade (GAVIÃO; DA SILVA FILHO, 2015).

O legado do aparato penal no Brasil é, nesse sentido, a legitimação do poder punitivo como forma de controle social dos indesejáveis e excluídos, o que se consuma através das prisões arbitrárias, persecuções de crimes de valores ínfimos e manutenção da segregação de cidadãos que, ainda que relegados a um lugar de esquecimento pelo Estado, sem acesso a emprego, alimentação, educação e saúde, devem se manter fiéis às leis do homem branco.

5. Conclusões

Por trás da mulher encarcerada em São Paulo pelo furto de alimentos no valor aproximado de vinte e dois reais, esconde-se uma faceta do Direito Penal voltada à persecução de uma cartela específica de pessoas – e de etnia –, processo este maquiado pelo mito da democracia racial brasileira, pelo qual se entende que a sociedade brasileira, por ser eivada na miscigenação das raças, não poderia comportar qualquer tipo de discriminação de cor.

Ao longo dos últimos anos, porém, fica cada vez mais difícil esconder a situação vivida pelos pretos e pardos no Brasil: o desemprego entre essa parcela da população cresce exponencialmente, bem como os níveis de fome e o número de pessoas pretas e pardas encarceradas. Com a pandemia de covid-19, não foi diferente. Embora travestida de um discurso de que a doença afetaria a todos igualmente, numericamente menos pretos tiveram acesso a atendimento hospitalar ágil para que fosse possível sobreviver e mais pretos e pardos perderam a vida para a doença quando comparados aos brancos.

Notas

¹ Embora disponíveis publicamente, optou-se por ocultar o nome da mulher e o número de processo como forma de resguardar sua dignidade, buscando-se, com isso, não

alimentar o processo vexatório gerado pela prisão.

² Termo amplamente usado para se referir às diferentes etnias.

Referências

ACAYABA, Cíntia; REIS, Thiago. Proporção de negros nas prisões cresce 14% em 15 anos, enquanto a de brancos cai 19%, mostra Anuário de Segurança Pública. *G1*, São Paulo, 19 out. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/10/19/em-15-anos-proporcao-de-negros-nas-prisoos-aumenta-14percent-ja-a-de-brancos-diminuiu-19percent-mostra-anuario-de-seguranca-publica.ghtml>. Acesso em: 29 nov. 2021.

ALEGRETTI, Laís. Não é só efeito da pandemia: por que 19 milhões de brasileiros passam fome. *BBC News*, 28 jun. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-57530224>. Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

DOMINGUES, Petrónio. O mito da democracia racial e a mestiçagem no Brasil (1889-1930). *Tempos Históricos*, M. C. Rondon, v.5/6, p. 275-292, 2003/2004. Disponível em: <https://e-revista.unioeste.br/index.php/temposhistoricos/article/view/8019/5928>. Acesso em: 4 jun. 2022.

GAVIÃO, Renato; DA SILVA FILHO, Edson Vieira. A formação de uma clientela preferencial do direito penal no Brasil contemporâneo a partir de Emille Durkheim. *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales*, n. 29, jul./set. 2015. Disponível em: <https://www.eumed.net/rev/cccss/2015/03/direito-penal.html>. Acesso em: 30 nov. 2021.

GODIM DE OLIVEIRA, Roberta; DA CUNHA, Ana Paula; GADELHA, Anna Giselle dos Santos; CARPIO, Christiane Goulart; DE OLIVEIRA, Rachel Barros; CORRÊA, Roseane Maria. Desigualdades raciais e a morte como horizonte: considerações sobre a COVID-19

e o racismo estrutural. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, n. 9, Set. 2020. Disponível em: <http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/artigo/1177/desigualdades-raciais-e-a-morte-como-horizonte-consideracoes-sobre-a-covid-19-e-o-racismo-estrutural>. Acesso em: 17 nov. 2021.

MACHADO, Leandro. Os brasileiros presos por furto de comida na pandemia de covid. *BBC News*, 18 jun. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-57530224>. Acesso em: 29 nov. 2021.

NUNES DOS SANTOS, Paula. A formação da figura do negro como o “criminoso nato” brasileiro ao longo da história. In: ALMEIDA, Alvíno Augusto de Sá; MORAES, Júlia; SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Novas Perspectivas da Criminologia*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 217 - 234.

SILVEIRA, Daniel; CAVALLINI, Marta. Pandemia aumenta desigualdade racial no mercado de trabalho brasileiro, apontam dados oficiais. *G1 Economia*, Rio de Janeiro, 17 nov. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/11/17/pandemia-aumenta-desigualdade-racial-no-mercado-de-trabalho-brasileiro-apontam-dados-oficiais.ghtml>. Acesso em: 17 nov. 2021.

VENTURINI, Anna Carolina; RAMENZONI, Gabriela Lima. A desigualdade de gênero e raça nas carreiras jurídicas. *Migalhas*, De peso, n. 5.366, 12 fev. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/233788/a-desigualdade-de-genero-e-raca-nas-carreiras-juridicas>. Acesso em: 30 nov. 2021.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

Recebido em: 08.12.2021 - Aprovado em: 18.03.2022 - Versão final: 15.06.2022

DA NECESSIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE EQUIPARAÇÃO DO MÉDICO DO SUS A FUNCIONÁRIO PÚBLICO

FURTHER REQUIREMENTS FOR CONSIDERING SUS DOCTORS PUBLIC SERVANTS

Gabriela Ruschel de Lia Pires

Especialização *latu sensu* em Direito Penal e Direito Processual Penal pela UNISINOS. Graduada em Direito PUCRS. Advogada.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3495948833737821>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5237-9022>

gabriela.rpires@hotmail.com

Resumo: A complexa natureza das relações estabelecidas entre os médicos particulares e o poder público torna necessária a elaboração de critérios mais adequados à sua caracterização como funcionário público, notadamente no que tange à cobrança de honorários por parte dos médicos vinculados ao Sistema Único de Saúde. Por isso, pretende-se analisar os critérios de equiparação dos médicos vinculados ao SUS a funcionário público, através da verificação das disposições do artigo 327 do Código Penal e da crítica à construção jurisprudencial a respeito do tema, que necessita de complementação através da incorporação de elementos atinentes à forma de vinculação do médico com a instituição que intermedeia a sua relação com o poder público: o hospital.

Palavras-chave: Direito Penal Médico – Médico do SUS – Crimes funcionais – Crimes contra a administração pública – Funcionário público para fins penais.

Abstract: The intricate nature of the relationship between private medical doctors and the Brazilian State requires defining further criteria for their characterization as public servants, especially in regards to private doctors associated with Brazil's Unified Health System (SUS) charging billable hours from their patients. Therefore, the present paper attempts to analyze the criteria for the equalization of private doctors bond to SUS as public servants, through the analysis of the terms on the article 327 of the Brazilian Penal Code and the critical review of the jurisprudential theory about the theme, that urges for complementation by incorporating the analysis of the type of professional bond between the doctor and the institution that intermediates his relationship with the State: the hospital.

Keywords: Criminal Law – Medical Criminal Law – Crimes Against Public Administration – Unified Health System. Public Servants.

1. Introdução

A elevada incidência de acusações de médicos vinculados ao SUS, por supostas cobranças de honorários, aliada à reduzida produção doutrinária a respeito do tema, torna necessária a devida análise da equiparação do médico a funcionário público e os seus reflexos na criminalização das condutas praticadas por estes profissionais. Sob este prisma, observa-se uma relativa pacificação na aplicação da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, sem que sejam feitas maiores reflexões sobre os critérios utilizados, abrangendo condutas que não se enquadrariam no objeto da norma.

Nessa toada, percebe-se que a simplificada tese firmada, na qual considera-se a forma de internação da vítima como determinante para a qualificação do médico como funcionário público, não supre a necessidade de verificação dos demais elementos que permeiam a relação, notadamente o vínculo do médico com o hospital, carecendo de critérios aptos a melhor analisar a complexidade e variedade de vínculos no âmbito da saúde.

Por isso, propõe-se a análise dos aspectos relevantes do artigo 327 do Código Penal, a fim de verificar os critérios necessários para a equiparação do médico particular a funcionário público, elencando-se o tipo de relação com o Hospital como elemento fundamental para que se respeite aos termos previstos no Código Penal, sendo imperativa a complementação da tese jurisprudencial para melhor se adequar às disposições legais.

2. O entendimento jurisprudencial

Ao tratar da conduta da cobrança de honorário por médicos vinculados ao SUS, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que, para além daqueles profissionais formalmente vinculados ao poder público, são considerados como tal os médicos privados em atendimento a pacientes do SUS, a partir da alteração legislativa decorrente da Lei 9.983 de 2000,¹ que acrescentou o parágrafo primeiro ao artigo 327 do Código Penal.² Logo, seriam equiparados a funcionário público aqueles médicos que atendessem aos pacientes optantes pelo Sistema Público, pelo disposto na parte final do artigo 327, §1º, do Código Penal.

Segundo o entendimento consolidado, a solução para o enquadramento ou não dos médicos como funcionários públicos para fins penais é bastante simples: caso o paciente tenha sido internado pelo Sistema Único de Saúde, o médico se enquadra no disposto no artigo 327, §1º do Código Penal e, portanto, qualquer cobrança de honorários é ilícita.

Nesses termos, é reiteradamente decidido que se “o paciente preencheu laudo para emissão de AIH – Autorização de Internação Hospitalar –, o que torna inequívoca a realização do atendimento se deu pelo SUS”, é “nítida a qualidade de funcionário público do paciente, por equiparação”,³ sendo a opção da vítima pela internação, via sistema público, condição determinante para o enquadramento do médico como funcionário público, nos casos de vínculo indireto⁴

entre o profissional e o Estado. Logo, a opção da vítima por ser atendida pelo SUS condiciona o regime jurídico vigente na relação, sendo público em qualquer hipótese em que o atendimento se der pela rede pública, desde que após a alteração no Código Penal, que acrescentou o dispositivo mencionado.

Contudo, apesar de, à primeira vista, parecer indevida a cobrança de qualquer valor a um paciente cuja gratuidade do atendimento é constitucionalmente garantida,⁵ questiona-se a insuficiente análise da relação do médico com o poder público, uma vez que a diversidade de vínculos entre médico e hospital tornam a vinculação com o poder público mais complexa do que faz crer a tese jurisprudencial.

Logo, não se propõe afirmar ser devida qualquer cobrança feita a pacientes do SUS; o que se busca é analisar a equiparação dos médicos a funcionário público, enquadrando-os em crimes especiais e que, portanto, pressupõem que o sujeito seja portador de características específicas (SANTOS, 2018, pg. 93), sem que se verifique o efetivo enquadramento deste nas categorias que fundamentam a punibilidade.

3. O médico como funcionário público

Conforme referido, para além das situações nas quais o médico se enquadra como funcionário público por possuir um vínculo direto e formal com o poder público, são equiparados a funcionários públicos aqueles em atendimento a pacientes do Sistema Único de Saúde em hospitais privados conveniados, de modo que qualquer cobrança de contraprestação por sua parte é ilícita.

No entanto, situações práticas tornam necessária a análise acerca da existência ou não de algum vínculo do médico com o poder público em determinadas situações, ainda que em atendimento a pacientes do Sistema Público. Destaca-se, quanto ao ponto, que a presente análise busca unicamente verificar os aspectos do desempenho de função pública pelos médicos, deixando-se de proceder à verificação dos demais elementos dos delitos, notadamente se a cobrança seria ou não devida.

Nesse diapasão, veja-se a hipótese de médico prestador de serviços que, findo o seu horário de plantão de forma regular, volta para casa para seu período de descanso. Algumas horas depois, o hospital o pede para retornar pois o paciente, internado pelo Sistema Único de Saúde, insiste no atendimento pessoal por aquele médico. Nessa hipótese, questiona-se: caso optasse por apenas realizar o atendimento mediante pagamento de honorários, incorreria no crime de corrupção ou concussão? Poderia o profissional ser considerado funcionário público nesta hipótese? Havia relação que fundamentasse o exercício de função pública?

Pela tese jurisprudencial, inexistiria possibilidade de cobrança e qualquer forma de pedido de contraprestação se configuraria como crime, quer pelo disposto no artigo 316,⁶ quer pelo 317⁷ do Código Penal. Entretanto, o exemplo exposto demonstra a insuficiência da tese jurisprudencial, que deixa de levar em conta aspectos práticos das relações e acaba por fundamentar o enquadramento de profissionais à norma sem que a conduta se amolde ao seu objeto.

No exemplo exposto, a despeito do enquadramento aos critérios estipulados pelo STF, é evidente que a conduta não se adequa ao objeto da norma, pois o médico não se encontrava submetido aos deveres jurídicos que fundamentam a punibilidade dos crimes de violação de dever (SCALCON, 2019, p. 119), consubstanciados na vigência da relação pública. Dessa forma, antes de se analisar as condições da vítima, é necessária a verificação das condições de enquadramento do réu naquela categoria, através da análise da relação estabelecida entre o médico, o hospital e o poder público.

4. A relação entre o médico e o Hospital

Assim, de início, é necessário estabelecer algumas diferenças entre os tipos de vínculo entre médico e hospital, que se mostram determinantes na verificação da aplicação do artigo 327, §1º do Código Penal.

Integram o Sistema Único de Saúde, além dos hospitais públicos, aqueles que, por contrato ou convênio, firmam acordos com o poder público para realizar atendimentos pela rede pública,⁸ respeitando-se os parâmetros estipulados pelo sistema. Nestas instituições, observa-se uma enorme gama de formas de prestação de serviços, variando a continuidade da relação profissional conforme o acordo estipulado entre as partes.

Em suma, além de médicos empregados da instituição, a maior parte dos profissionais é composta por prestadores de serviço com dias e horários determinados para atendimento no local, podendo, fora disto, dispor de seu tempo conforme entenderem, inclusive se vinculando a outras instituições nos mesmos moldes. Ambas as formas atuam, em regra, tanto pelo setor público quanto privado, a depender do tipo de atendimento. Além disso, circulam no mesmo local os médicos autônomos que, sem vínculo direto com a instituição, utilizam a estrutura do hospital para prestar atendimentos. Portanto, em um mesmo hospital atuam profissionais com vínculos diferentes e exercendo as mesmas funções, razão pela qual deve ser definido o tratamento e responsabilização concedidos a cada um deles.

Nessa toada, veja-se que a definição do vínculo com o hospital é de suma relevância para a equiparação ou não do médico como funcionário público, conforme determina o artigo 327, §1º, do Código Penal, ao determinar a equiparação de “quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”.⁹

O termo atividade típica da administração pública é bem definido por **Raquel Scalcon**, que considera que seu sentido se relaciona “às duas facetas da atividade estatal: a função pública e o serviço público. São elas, as atividades típicas da administração pública, desde que prestadas sob um regime de direito público” (SCALCON, 2020b). Logo, o desempenho de atividade típica da administração dependeria diretamente do regime jurídico que o regula, devendo ser, necessariamente, público para que se possa equiparar o profissional do setor privado ao público.

Seguindo essa lógica, deve-se analisar as condições da relação existente, verificando se o prestador de serviço se encontrava, de fato, submetido a um regime jurídico público. Inicialmente, impositivo o exame do fundamento da vigência da publicidade: o contrato ou convênio administrativo. Veja-se, o médico não possui qualquer vínculo direto com o poder público, apenas se relacionando com este em razão de acordo firmado entre o hospital e o Estado. Conclui-se, daí, que o contrato ou convênio fundamenta a relação do médico com o Sistema Único de Saúde, pois depende diretamente da vigência do contrato com o hospital, inexistindo vínculo público caso a relação de emprego (ou de prestação de serviços) esteja suspensa ou interrompida. Assim, a natureza jurídica da relação depende de três vínculos distintos: o paciente com o poder público (a sua opção por realizar o tratamento via SUS); o hospital e o poder público (o contrato ou convênio); e o médico e o hospital (o exercício da atividade nos limites da relação), devendo os três vínculos estar em plena vigência para que se considere que o atendimento foi realizado de forma pública, sendo insuficiente a observância de apenas um deles.

Sendo assim, a análise do vínculo do médico com o hospital, no caso dos vínculos indiretos, mostra-se indispensável para a verificação do

tipo de atendimento desempenhado: se público ou privado.¹⁰ Nesse diapasão, se o vínculo do médico com o poder público depende diretamente de um intermediário (o hospital que efetivamente firmou o acordo com o Estado), é imperativa a existência de uma relação vigente entre o autor e o intermediário, só assim existindo vínculo entre o médico e a administração pública. Apenas nessa hipótese, a relação encontra-se regulada pelo Direito Público, não se aplicando o disposto no artigo 327, §1º, do Código Penal, caso não esteja em plena vigência o vínculo com o hospital.

Portanto, o vínculo com o poder público depende diretamente da continuidade da relação do médico com o hospital, pois a ruptura da relação com o intermediário (quer por suspensão, quer por interrupção do contrato) apenas pode implicar na ruptura com o Estado e, conseqüentemente, do próprio regime jurídico público. Não estando vigente o contrato, apenas se pode concluir que o profissional atua enquanto médico autônomo e, por corolário lógico, sem a publicidade da qual depende a sua equiparação a servidor público.

Dessa forma, no que diz respeito ao médico sem vínculo empregatício (como é o caso do médico prestador de serviços no exemplo proposto), nota-se que a ausência de continuidade na relação faz com que, fora dos horários acordados com o hospital, inexistam qualquer relação com o poder público que fundamente a prestação do serviço de forma pública. Logo, qualquer cobrança, devida ou não, se insere no âmbito do setor privado e, portanto, não pode ser objeto dos crimes próprios de servidores públicos.

Em sendo assim, conclui-se que o tipo de relação do médico com o hospital é de suma relevância para a análise do enquadramento destes no disposto no artigo 327, §1º do Código Penal, sendo insuficiente a mera verificação do tipo de internação da vítima, que é apenas um dos fatores relevantes para a análise do tipo de serviço.

5. Conclusão

Conforme se depreende, as formas de vínculo entre o médico

e o poder público, bem como do médico com os hospitais, são demasiadamente variáveis para que se resuma o critério de equiparação a funcionário público apenas a um: a opção da vítima pelo atendimento pelo SUS.

Em se tratando da cobrança de honorários, em regra, de justa contraprestação por serviços particulares, sendo prevista no Código de Ética da Medicina como direito do médico, deve-se atentar para os limites a serem estabelecidos para a sua criminalização, sob pena de se sancionar condutas legítimas e justas. Portanto, ao analisar a ação, deve-se verificar todos os elementos típicos, examinando se, de fato, o vínculo existente justifica a imposição de deveres específicos aos profissionais.

Dessa forma, antes de se analisar ser devida ou não a cobrança, deve-se atentar para os critérios definidores da equiparação do particular a servidor público e, apenas nos casos em que for devida, proceder com a verificação dos demais elementos delitivos. No caso específico dos médicos do SUS, por se tratar de um vínculo indireto com o Estado, é impositiva a observância do tipo de relação estabelecida entre o médico e o hospital e a continuidade da relação, apenas existindo vínculo caso vigente o contrato entre as partes. Conseqüentemente, a relação fundamenta a tipicidade da conduta, pois é atípico o fato caso inexistam regime jurídico público, por inaplicabilidade do termo atividade típica da administração pública.

Percebe-se, pois, que a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal é de todo insuficiente para abranger a complexidade das relações existentes no âmbito dos serviços médicos, sendo a opção da vítima apenas uma das suas variáveis. Esta, por certo, não deve ser ignorada, mas, sim, tratada como critério complementar, sendo impositiva a existência dos demais elementos inerentes ao tipo: a relação entre o médico e o hospital, o tipo de serviço oferecido e a forma de cobrança. Apenas assim, exclui-se a possibilidade da injusta condenação de profissionais no livre exercício da profissão.

Notas

¹ BRASIL, 2000.

² A partir da alteração legislativa, o dispositivo conta com a seguinte redação: "Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública." (BRASIL, 1940).

³ BRASIL, 2010.

⁴ Nesses termos, adota-se a divisão sugerida por Raquel Scalcon: "Buscando racionalizar o seu exame, tais situações concretas serão de início divididas em dois grandes grupos: (i) médicos que atendem pelo SUS por possuírem um vínculo direto com o Poder Público; (ii) médicos que atendem pelo SUS por possuírem um vínculo indireto com o Poder Público, ou seja, um vínculo intermediado por uma pessoa jurídica externa ao Estado (uma empresa, uma associação etc.), mas que, por sua vez, possui um vínculo direto com o Poder Público" (SCALCON, 2020a, p. 253).

⁵ Nesse sentido, determina o artigo 196 da Constituição Federal: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (BRASIL, 1988).

⁶ "Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida" (BRASIL, 1940).

⁷ "Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem" (BRASIL, 1940).

⁸ "Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos" (BRASIL, 1988).

⁹ BRASIL, 1940.

¹⁰ BRASIL, 2011.

Referências

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000. Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 17 de julho de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9983.htm

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus 97710*. Relator: Ministro Eros Grau, 2 de fevereiro de 2010. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2662171>. Acesso em: 06 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso Ordinário em Habeas Corpus 90523*. Relator: Ministro Ayres Britto, 19 de abril de 2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2486722>. Acesso em: 16 maio 2022.

portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2486722. Acesso em: 16 maio 2022.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte Geral. 8 ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

SCALCON, Raquel Lima. O conceito penal de funcionário público no direito brasileiro e alemão: uma proposta de interpretação restritiva do termo emprego público em empresas estatais (artigo 327, caput, do CP) *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 72, p. 111-145, 2019.

SCALCON, Raquel. O médico que atua no Sistema Único de Saúde e sua qualificação como funcionário público para efeitos penais. In: ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia (Org.). *Direito Penal e medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020a.

SCALCON, Raquel. O médico que atua no SUS é sempre funcionário público para fins penais? *Jota*, 22 abr. 2020b. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/o-medico-que-atua-no-sus-e-sempre-o-funcionario-publico-para-efeitos-penais-22042020>. Acesso em: 23 set. 2020.

Recebido em: 09.12.2021 - Aprovado em: 25.04.2022 - Versão final: 19.05.2022

CASO MÁRCIA BARBOSA DE SOUZA E A JUSTIÇA DE GÊNERO NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

MÁRCIA BARBOSA DE SOUZA CASE AND GENDER JUSTICE IN
THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Ana Paula Rodrigues Nalin

Graduanda em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP)

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8250393313786778>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1687-9403>

ap.nalin@unesp.br

André Luiz Pereira Spineli

Mestre em Direito pela UNESP. Especialista em Direitos Humanos pela FACICA. Professor de História da Filosofia Contemporânea no IAF/Franca.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9712876051495512>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7975-2384>

andre.spineli@unesp.br

Resumo: A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu sentença condenatória contra o Brasil no caso Márcia Barbosa de Souza em 2021, ocasião em que reconheceu o impacto negativo dos estereótipos de gênero no âmbito do Processo Penal. Este artigo objetiva analisar o caso em questão e apresentar reflexões acerca de sua importância para a construção de uma jurisprudência feminista interamericana, que utiliza a perspectiva de gênero como um paradigma decisório e reparatório em Direitos Humanos. Conclui-se que essa decisão inaugura a abordagem de gênero sobre casos brasileiros e fornece importantes bases para o avanço de uma agenda jurisprudencial interamericana preocupada com a proteção efetiva, em diferentes instâncias sociais e jurídicas, de mulheres.

Palavras-chave: Márcia Barbosa de Souza – Corte Interamericana de Direitos Humanos – Gênero – Jurisprudência feminista.

Abstract: The Inter-American Court of Human Rights pronounced a condemnatory sentence against Brazil in the Márcia Barbosa de Souza case in 2021, when it recognized the negative impact of gender stereotypes in the scope of criminal proceedings. This article aims to analyze the case in question and present reflections on its importance for the construction of an Inter-American feminist jurisprudence, which uses the gender perspective as a decision-making and reparatory paradigm in human rights. It is concluded that this decision inaugurates the gender approach to Brazilian cases and provides important bases for advancing an Inter-American jurisprudential agenda concerned with the effective protection, in different social and legal instances, of women.

Keywords: Márcia Barbosa de Souza – Inter-American Court of Human Rights – Gender – Feminist jurisprudence.

1. Introdução

O emprego de estereótipos de gênero no Processo Penal representa uma das formas de violência simbólica contra a mulher no âmbito das instituições do sistema de justiça criminal. Mais que uma simples escalada de conflitos, os diferentes tipos de violência que afetam o exercício de Direitos Humanos pelas mulheres estão relacionados à tentativa contínua de culpar a vítima pelos atos que pratica em sua vida social (FORTUNE, 1987, p. 237-248). Na medida em que o direito deixa de trabalhar suas questões sob o ponto de vista dos problemas de gênero, ele tende a se tornar cada vez mais uma instância reprodutora de paradigmas próprios do patriarcado (JARAMILLO, 2000, p. 51-53). Isso revela que práticas dessa natureza se justificam, seja no Processo Penal ou mesmo na realidade externa ao campo jurídico, a partir de expressões invisíveis de subjugação e submissão da mulher aos interesses patriarcais.

Produzir o direito de forma dissociada da perspectiva de gênero é condição suficiente para conformar estruturas capazes de retomar e aprofundar opressões históricas e sistemáticas contra as mulheres,¹ assim como dificultar as possibilidades de uso do direito para a construção de uma justiça materialmente simétrica e que seja pautada na igualdade de gênero. Julgado em 2021 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), o caso Márcia Barbosa de Souza² não representa apenas a décima condenação internacional do Brasil, em continuidade a um ciclo de violações de direitos de grupos minoritários e vulneráveis no país, mas principalmente o reconhecimento da necessidade de uma agenda jurisprudencial interamericana vinculada à crítica feminista ao direito

no contexto dos órgãos regionais de proteção dos Direitos Humanos.

Este artigo analisa a narrativa do caso Márcia Barbosa de Souza e apresenta reflexões sobre seu impacto no processo construtivo de uma jurisprudência feminista interamericana. O texto está dividido em dois tópicos de discussão. No primeiro, debatem-se as interações possíveis entre feminismo, gênero e Direitos Humanos. Uma das leituras utilizadas nessa etapa compreende as divisões teóricas entre o feminismo enquanto crítica aos pressupostos e às noções fundamentais do direito e, de outro lado, o direito como instrumento para a promoção estratégica do feminismo. O segundo retoma a narrativa do caso em questão e avança sobre suas contribuições para a produção da agenda regional de natureza jurídico-feminista, além de abordar a introdução da perspectiva de gênero no sistema de justiça enquanto um paradigma jurídico internacional, decorrente das obrigações assumidas pelo Brasil em tratados e convenções internacionais – e, especialmente, interamericanas.

2. Traçando linhas interativas entre feminismo, gênero e Direitos Humanos

No Brasil, os estudos responsáveis pela promoção de uma interatividade entre as categorias do feminismo, do gênero e dos Direitos Humanos constituem resultado da emergência de mobilizações sociopolíticas promovidas nas últimas décadas por sujeitos marginalizados, assim como da consequente crítica direcionada às estruturas sustentadoras das desigualdades sociais (CAMPOS; SEVERI, 2019, p. 966). Fundamentalmente, os estudos sobre as relações entre feminismo, gênero e Direitos Humanos no país foram forjados enquanto importantes alternativas críticas às

constantes falhas das políticas públicas frente ao dever de proteção das mulheres, de modo que também se tornaram essenciais para concretizar mudanças normativas, como a própria Lei Maria da Penha (CAMPOS; SEVERI, 2019, p. 966). Uma das leituras possíveis das relações entre feminismo, gênero e direito compreende a separação entre o feminismo como instrumento crítico do direito e, de outro lado, o direito como ferramenta para o desenvolvimento teórico e prático do feminismo (JARAMILLO, 2000, p. 50).

A vertente do feminismo como crítica ao direito reconhece dois problemas fundamentais na produção normativa e do direito enquanto ciência, motivo pelo qual os pressupostos da crítica feminista à teoria do direito recebeu até mesmo a qualidade de um recurso interpretativo das normas jurídicas. A primeira questão suscitada por esse ponto de vista compreende o direito como produto do pensamento e das práticas comunitárias de sociedades patriarcais, de tal maneira que sua construção foi realizada a partir de visões masculinas e que não apenas refletem, mas também protegem valores que atendem aos seus interesses sociais e jurídicos (JARAMILLO, 2000, p. 51-52), o que inclui a apropriação das vontades femininas e a concepção da mulher como subalterna à autonomia masculina. A segunda crítica afirma que a aplicação de normas jurídicas protetivas aos interesses das mulheres é realizada por instituições e sujeitos moldados pela ideologia patriarcal (JARAMILLO, 2000, p. 51-52), o que prejudica o acesso à justiça e a materialização de Direitos Humanos. Mais que uma crítica às relações entre a teoria do direito e a abordagem feminista, essas observações privilegiam a transformação institucional e o direcionamento do discurso jurídico para uma tutela efetiva dos Direitos Humanos das mulheres.

O viés do direito como ferramenta para o feminismo compreende que, ao contrário do que ocorre na esfera da teoria, a prática jurídica exige uma reforma profunda sobre a maneira como as instituições pertencentes ao sistema de justiça enfrentam problemas que afetam as mulheres (JARAMILLO, 2000, p. 53-55). As principais críticas direcionadas às instituições incluem tanto a realização de mudanças em normas jurídicas historicamente responsáveis pela exclusão das mulheres enquanto sujeitos de Direitos Humanos, especialmente naquelas de natureza política ou que estabeleciam restrições maritais ao livre exercício dos Direitos Civis pela mulher, quanto o alargamento dos Direitos Sociais como forma de construir uma cidadania autônoma e sem discriminações (MILLETT, 2016, p. 61-63). Independentemente das abordagens e leituras possíveis para as interações entre as categorias estudadas neste tópico, é fundamental levar em consideração o fato de que a dificuldade de incorporar a perspectiva de gênero nos processos de tomada de decisão e implementação de mecanismos suficientes para limitar a violência de gênero é fruto da própria complexidade que atores e personagens do sistema de justiça criminal identificam ao se relacionarem com elementos simbólicos introduzidos pelo feminismo.

Ao concebermos linhas capazes de amarrar teoricamente as categorias do feminismo, do gênero e dos Direitos Humanos, nota-se que há uma relação direta entre os níveis de proteção e promoção dos direitos das mulheres e assimilação das reivindicações apresentadas pelo movimento feminista em diferentes momentos históricos. A partir do caso Márcia Barbosa de Souza, pensar o direito e o sistema de justiça criminal sob o viés de gênero implica afirmar que o direito nada mais é senão um fenômeno advindo do pensamento patriarcal, ideologia que não poderia ser desmantelada sem que o direito sofresse significativas transformações epistemológicas e práticas. Em outros termos, representa dizer que os Direitos Humanos das mulheres tendem a receber maior atenção e proteção em nível nacional e internacional na medida em que for desconstruído o modelo de justiça criminal historicamente consolidado, no qual “[...] homens são mantidos como o padrão com base no qual as mulheres

devem ser julgadas” (SMART, 2000, p. 35-36) – ou que transforma as vítimas de gênero destoante do padrão normativo em suspeitas, com investigações e processos judiciais esquecidos e demarcados pela impunidade.

3. Justiça de gênero interamericana: caso Márcia Barbosa de Souza

O caso Márcia Barbosa de Souza foi submetido à Corte IDH por intermédio da atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em 11 de julho de 2019, tendo sua sentença proferida em setembro de 2021. Entre a apresentação da petição inicial pelos organismos representantes da vítima perante o sistema interamericano e o julgamento da demanda decorreu um intervalo de mais de 20 anos.³ A narrativa trabalhada no caso em questão diz respeito ao assassinato de Márcia Barbosa de Souza em junho de 1998, realizado pelo então deputado estadual Aécio Pereira de Lima. O ingresso do caso no âmbito do sistema interamericano representou não apenas a retomada de um debate histórico sobre cidadania e violência de gênero contra mulheres na região, elemento que já vinha sendo discutido em demandas pertencentes a outros Estados-Partes da Organização dos Estados Americanos (OEA), como no caso *González y Otras* (“Campo Algodonero”) v. México, mas principalmente uma oportunidade de introduzir uma agenda interamericana de gênero que dialoga diretamente com outros Direitos Humanos previstos nos documentos constitucionais e nos tratados regionais, especialmente sobre os limites das imunidades parlamentares (LEGALE; RIBEIRO; CAMPOS, 2021).

A vítima era uma jovem negra residente com sua família no interior da Paraíba, na cidade de Cajazeiras. Em 1998, encontrou-se com o então deputado estadual paraibano Aécio Pereira de Lima em uma viagem à capital João Pessoa. A sentença da Corte IDH concluiu que ambos se encontraram no Motel Trevo, onde ocorreu o feminicídio, cuja causa foi determinada pela autópsia como asfixia por sufocamento, resultante de uma ação mecânica. Na manhã seguinte ao encontro, o corpo de Márcia foi localizado no altiplano Cabo Branco com diversos hematomas, marcas de hemorragia e vestígios de areia, o que indicava ter sido seu cadáver ocultado (CORTE IDH, 2021, p. 23). As investigações sobre o crime foram iniciadas formalmente dois dias após a ocorrência. Os primeiros passos das investigações indicavam a participação direta do deputado, além de indícios de atuação de outros quatro cúmplices. Em razão do cargo que ocupava à época, as prerrogativas constitucionais relativas à imunidade parlamentar previam que a ação penal contra o deputado seguiria apenas se a Assembleia Legislativa permitisse, o que não ocorreu.

O Processo Penal contra o deputado teve início apenas em 2003, após não ter conseguido a reeleição para o cargo em questão. Condenado pelo Tribunal do Júri em 2007 a 16 anos de reclusão em regime fechado, antes que fosse prolatado acórdão confirmatório da sentença de primeiro grau em razão de recurso interposto, Aécio foi vítima de infarto. O fato extinguiu a punibilidade e impôs o arquivamento do caso para ele, em razão do resultado morte.⁴ O mesmo aconteceu aos corréus, em razão da ausência de provas concretas sobre a participação nos crimes de homicídio e ocultação de cadáver (CORTE IDH, 2021, p. 23-27). Apesar do arquivamento do caso nas instâncias judiciais, novos debates foram levantados na esfera social: a imagem da vítima foi distorcida pública e judicialmente ao longo das investigações, uma vez que as testemunhas depuseram quanto à personalidade, conduta social e sexualidade da vítima, sustentando as teses dos jornais que diziam respeito à suposta atividade de prostituição, overdose e até mesmo suicídio de Márcia – especulações jornalísticas introduzidas nos autos processuais a pedido do defensor do deputado (CORTE IDH, 2021, p. 23-24).

Em março de 2000, o caso foi submetido ao sistema interamericano

por meio de petição direcionada à CIDH, que reconheceu a admissibilidade da demanda sete anos depois. Em 2019, foi publicado o Relatório de Mérito 10/2019 com diversas recomendações ao Brasil, que previam a reparação integral das violações de Direitos Humanos da vítima e de seus familiares, a reabertura da investigação do caso com vistas à identificação dos responsáveis e para sanar omissões que resultaram na impunidade dos envolvidos, além da adequação normativa interna para evitar a repetição de casos nos quais a imunidade parlamentar funcionasse como mecanismo de escape à persecução penal e da construção de instrumentos que assegurassem o cumprimento integral das normas de proteção à mulher.

Distante do cumprimento das recomendações interamericanas, até mesmo como um retrato interno da institucionalização da violência simbólica contra a mulher por atores do sistema de justiça criminal, a demanda se tornou objeto de análise e julgamento pela Corte IDH, que reconheceu ter sido o caso atravessado por questões que evidenciam a violência estrutural de gênero no país, fruto não apenas do desinteresse em realizar diligências probatórias para determinar responsabilidades, mas também dos efeitos práticos das prerrogativas inerentes à imunidade parlamentar (CORTE IDH, 2021, p. 39-40).

Ao reconhecer que a violência de gênero compreende um problema estrutural e generalizado da sociedade brasileira, a Corte IDH recupera a ideia de que a adoção de uma perspectiva de gênero nas práticas do sistema de justiça criminal representa uma obrigação convencional assumida pelo Brasil ao ratificar documentos interamericanos (SEVERI, 2016, p. 575). Significa que há encargos internacionais que exigem tratamentos igualitários a todos os gêneros no sistema de justiça, seja como medida de acesso pleno aos tribunais ou mesmo enquanto modo de eliminar as diferentes formas de discriminação e violência que afetam as minorias sexuais, especialmente as mulheres. Práticas judiciais que se baseiam em estereótipos de gênero tendem a classificar erroneamente mulheres de acordo com comportamentos e expectativas criadas socialmente.

Na medida em que a Corte IDH contribui para a construção de uma agenda jurisprudencial preocupada com a efetivação do direito à igualdade de gênero e não discriminação por meio de julgamentos que evidenciam metodologias de inclusão dessa pauta no sistema de justiça, também são vistos avanços na própria formação epistemológica do direito e da concepção de cidadania para mulheres. A formação da justiça de gênero interamericana aos poucos é endossada por decisões progressistas, que reconhecem

um complexo de Direitos Humanos componentes de um estatuto protetivo das mulheres em situação de violência e violações de garantias na região e procuram introduzi-las enquanto sujeitos demarcados por violências simbólicas gestadas até mesmo no âmbito do sistema de justiça criminal. Os elementos trazidos à tona no julgamento do caso em debate são indicativos de que a Corte IDH tem se debruçado cada vez mais sobre questões que envolvem minorias sexuais e problemas de gênero, com vistas a consolidar uma agenda de recomendações voltadas à concretização dos Direitos Humanos de mulheres. Se lermos a sentença sob o ponto de vista da perspectiva de gênero, pode-se afirmar que a Corte IDH foi sensível ao ponto de não apenas apurar um marco fático relacionado à cultura de violação estrutural de Direitos Humanos baseada no gênero, mas também reforçar a ideia de que os estereótipos que recaem sobre a mulher no sistema de justiça são suficientes para naturalizá-las enquanto seres passivos.

4. Conclusão

A leitura dos Direitos Humanos das mulheres a partir de uma hermenêutica vinculada aos problemas de gênero nos revela que há cada vez mais uma necessidade flagrante de promover mudanças significativas nas estruturas do sistema de justiça criminal responsáveis pela atribuição de estereótipos de gênero às mulheres em situação de violação de direitos. Ao ser condenado pela Corte IDH no caso Márcia Barbosa de Souza, o Brasil revela a existência de omissões históricas frente à emergência de uma agenda jurídica, social e política que leve em consideração as questões de gênero. A introdução dos estereótipos de gênero como razão para a condenação simbólica ou moral da mulher no Processo Penal coloca em questionamento os próprios compromissos firmados pelo Brasil no plano dos tratados e convenções internacionais.

Na contramão desse paradigma, a formação de uma jurisprudência feminista interamericana é fruto da exploração das ambiguidades, contradições e fissuras existentes na produção patriarcal do direito. Ainda que a Corte IDH não utilize expressamente as categorias do feminismo e do gênero enquanto mecanismos interpretativos dos Direitos Humanos, é fundamental assinalar que esse empenho abre margem para a afirmação de paradigmas jurisprudenciais e normativos relacionados à construção da cidadania sexual na região. Ao condenar o Brasil pela omissão no caso Márcia Barbosa de Souza, a Corte IDH reafirma seu compromisso com a construção da igualdade entre diferentes grupos sociais e a necessidade de privilegiar uma cidadania inclusiva, plural e responsável para com as mulheres.

Notas

- ¹ Na concepção de Ann E. Cudd (2006, p. 51-52), opressões contra as mulheres podem ser concebidas como danos injustos, institucionalmente estruturados e perpetrados por grupos hegemônicos a partir de forças materiais e psicológicas diretas e indiretas. Nesse sentido, a autora afirma que restrições sociais impostas a determinados grupos considerados vulneráveis, como as mulheres, são injustas na medida em que não justificam proteções específicas e podem ser manipuladas facilmente para racionalizar a justiça em nome de grupos dominantes.
- ² Optamos por utilizar o nome completo, como forma de fornecer visibilidade à sua história.

Referências

- CAMPOS, Carmen Hein de; SEVERI, Fabiana Cristina. Violência contra mulheres e a crítica jurídica feminista: breve análise da produção acadêmica brasileira. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 962-990, 2019.
- CORTE IDH. *Caso Barbosa de Souza e Outros vs. Brasil*. Sentença de 7 de setembro de 2021 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas). San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2021.
- CUDD, Ann E. *Analyzing oppression*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- FORTUNE, Marie Marshall. Justice-making in the aftermath of women-battering. In: SONKIN, Daniel Jay (Ed.). *Domestic violence on trial: psychological and legal dimensions of family violence*. New York: Springer Publishers, 1987.
- JARAMILLO, Isabel Cristina. La crítica feminista al derecho. In: WEST, Robin. *Género*

- y teoría del derecho. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2000.
- LEGALE, Siddharta; RIBEIRO, Raísa D.; CAMPOS, Lara. *Feminicídio e imunidades parlamentares: uma análise do caso Márcia Barbosa vs. Brasil* na Corte IDH. Rio de Janeiro: Núcleo Interamericano de Direitos Humanos, 2021.
- MILLETT, Kate. *Sexual politics*. 5. ed. New York: Columbia University Press, 2016.

- SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 3, n. 3, p. 574-601, 2016.
- SMART, Carol. La teoría feminista y el discurso jurídico. In: BIRGIN, Haydée. *El derecho en el género y el género en el derecho*. Buenos Aires: Biblos, 2000.

A EXTENSÃO CONTRA TERCEIROS DOS EFEITOS DAS MEDIDAS PROTETIVAS PARA A EFETIVIDADE DE SUA CARACTERÍSTICA CAUTELAR

THE EXTENT AGAINST THIRD PARTIES OF THE EFFECTS OF PROTECTIVE MEASURES FOR THE EFFECTIVENESS OF THEIR PRECAUTIONARY NATURE

Marcelo Bauer Pertille

Doutor e mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor de Direito Penal e Direitos Humanos da UNIVALI. Advogado.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4560522200827508>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0083-450X>
pertille@univali.br

Thais Silveira Pertille

Doutoranda e mestra em Direito pela UFSC. Professora de Direito Constitucional e Direitos Humanos Centro Universitário Estácio Santa Catarina. Advogada.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5565671235570735>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2939-8238>
thaispertille@gmail.com

Juliano Keller do Valle

Doutorando e mestre em Ciências Jurídicas pela UNIVALI. Professor de Direito Processual Penal da UNIVALI. Advogado.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3715543483481844>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1440-7867>
jkeller@univali.br

Resumo: Com natureza jurídica cautelar, as medidas protetivas da Lei 11.340/06 possuem expressa previsão apenas contra o agressor com quem a vítima mantém relação doméstica ou familiar. Ocorre que, na dimensão do perigo tutelável, deve-se considerar que pessoas sem essa específica circunstância de caráter pessoal podem contribuir para a criação e incremento da vulnerabilidade que se pretende evitar. Ademais, o artigo 30 do Código Penal trabalha com a lógica da extensão de circunstâncias pessoais, admitindo imputação para além do autor caracterizado pelo crime próprio. Se o sistema penal admite até mesmo responsabilidade penal em situações dessa natureza, o Direito Processual deve considerar a extensão de seus efeitos para agir de modo proporcional ao perigo verificado.

Palavras-chave: Medidas Protetivas – Natureza Cautelar – Extensão contra terceiro.

Abstract: The law 11.340/06 established hypotheses of preventive procedural measures for women victims of domestic and family violence. Under the precautionary legal nature, the measures were foreseen considering only the hypothesis of having effects against the aggressor. It happens that the dimension of the curable danger can demonstrate the need for people, without the domestic and family ties with the victim, to join efforts with those who have this characteristic to produce the danger that is intended to be avoided. In addition, article 30 of the Penal Code works with the logic of extending personal circumstances, admitting imputation beyond the author characterized by the crime itself. All the more reason, procedural law cannot deny guardianship in a situation of emergency danger.

Keywords: Protective Measures – Precautionary Nature – Extension against third party.

1. As medidas protetivas enquanto instrumentos cautelares da lei 11.340/06

As medidas protetivas previstas na Lei 11.340/06 representam decisivo avanço na tutela dos direitos das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Sua instrumentalidade decorre dos movimentos, que implementaram esforços para tornar visíveis as condutas que devem ser entendidas como expressão da violência contra a mulher (art. 7º).

Em consequência, o reconhecimento político-jurídico de que é necessário que as instituições ligadas ao sistema de Justiça estabeleçam tratamento especial às vítimas inseridas em vulnerabilidades dessa espécie constitui decisiva vitória das correntes, que há décadas suscitam a importância de que a realidade do machismo estrutural constitua pauta no debate público.¹

O Superior Tribunal de Justiça, fazendo menção à relevância da Lei para a consecução de uma cultura de igualdade de gênero, tem dado mostras da importância de trazer à tona esse debate para que soluções possam ser melhor refletidas: “(..) a organização social brasileira ainda é fundada em um sistema hierárquico de poder baseado no gênero, situação que o referido diploma legal busca coibir” (BRASIL, 2021A).

É sob esse aspecto que as medidas protetivas da Lei 11.340/06 invocam destaque, servindo enquanto decisivos instrumentos para a efetivação do direito de igualdade do gênero feminino. Invocam,

em consequência, características próprias de normas cautelares. Mas, entende-se necessário advertir que com essa afirmação não se pretende ingressar nos debates acerca da específica natureza jurídica das medidas protetivas: se acautelatória, no sentido de servirem enquanto instrumentos para a eficácia de prestação jurisdicional que deve se desenvolver em específica ação penal, ou se marcadas pelo caráter inibitório, quando dotadas de autonomia, não invocando a obrigatoriedade de demanda criminal contra o agressor.²

Ainda que a posição majoritária das cortes nacionais não fosse pela primeira resposta,³ importa ressaltar que, de uma ou outra forma, a eficácia preventiva das medidas protetivas não pode ser negada, sendo esta a característica que se pretende ver enfatizada neste momento para o debate que se propõe. Em síntese, quando se afirma que tais providências previstas na Lei 11.340/06 possuem qualidades cautelares, procura-se destacar que normas dessa espécie agem como ferramentas para a proteção e a defesa de direitos ameaçados, utilizando da força imperativa da jurisdição de modo proporcional às hipóteses de urgência para as quais se destinam.

É da essência dos institutos desse quilate, que possam servir até mesmo ao adiantamento de tutelas jurídicas marcadas pela especialidade do direito discutido e pela relevância dos fatos que necessitam de cuidado institucional célere. Justificam-se em razão da constatação de que os procedimentos ordinários podem se revelar insuficientes. A lição de **Ovídio Baptista** soma razão à conclusão de que cautelares funcionam

como uma forma particular de “proteção jurisdicional predisposta a assegurar, preventivamente a efetiva realização dos direitos subjetivos ou de formas de interesse reconhecidos pela ordem jurídica como legítimos” (SILVA, 2002, p. 339).

Diante disso, pode-se afirmar que toda medida cautelar tem por essência a finalidade preventiva de interesses legítimos. E dessa compreensão é possível constatar que: se o sistema jurídico entende necessária a criação de mecanismos excepcionais para a satisfação emergencial de direitos, dentre esses aqueles atentos à violência doméstica e familiar contra a mulher, é certo que esses instrumentos normativos devem dar conta da maior parte possível do perigo que invoca a respectiva proteção excepcional. Quanto maior a possibilidade de que o perigo diagnosticado não se efetive diante do manejo de medidas cautelares previstas, maior será a razão que confere legitimidade ao próprio Estado para excepcionar seus procedimentos ordinários.

Medidas cautelares desafiam as justificativas indispensáveis a um Direito crítico, quando se convertem em subsistemas jurídicos com características próprias. E se a relativização do Direito Formal, tido como ordinário, é decisiva para a satisfação de específicas tutelas, é fundamental que as medidas implementadas pelos atores judiciais sejam adequadas à proteção da esfera de perigo frente ao qual se mostra necessária à atuação institucional.

Subsumindo essas noções gerais às hipóteses para as quais foi criada a Lei 11.340/06, tem-se que as medidas previstas pelo legislador no seu Capítulo II foram estabelecidas diante do atingimento da compreensão de que a realidade da violência doméstica e familiar contra a mulher suscita dimensões próprias de perigo aos Direitos Humanos das vítimas. As protetivas, diante disso, representam medidas com aptidão à contenção de específicas formas de violência, justificando por meio do Direito Formal a plena capacidade de atuação das instituições de Justiça.

2. A extensão das protetivas contra terceiros para a real tutela do perigo dimensionado

A partir da dimensão cautelar das medidas protetivas, é certo que não se pode mais conviver com antigos referenciais que historicamente negligenciam a necessária atenção aos direitos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares. Essa conclusão conduz, inevitavelmente, à compreensão de que autoridades judiciais necessitam implementar novos padrões hermenêuticos, que acompanhem a atividade legislativa em atenção às transformações destes tempos caracterizados pelo redimensionamento de direitos.

Deve-se, conseqüentemente, buscar outros limites para os referenciais de sentido das normas criadas para essa realidade, fazendo fruir a proteção politicamente desejada ao se implementar maior eficácia possível às decisões judiciais proferidas nesse âmbito. Na publicação especial do Superior Tribunal de Justiça em comemoração aos quinze anos da Lei 11.340/06, o ministro **Rogério Schietti Cruz** enfatizou que agir contra a violência que atinge as mulheres invoca “defender sua liberdade, criar mecanismos para seu fortalecimento, ampliar o raio de sua proteção jurídica e otimizar os instrumentos normativos que atenuem os malefícios causados pela violência” (BRASIL, 2021B).

Bem operar as medidas protetivas da Lei 11.340/06 implica atender aos anseios ético-sociais de um mundo em evolução cultural, justificando a natureza jurídica das medidas cautelares no intento de atribuir efetividade à dimensão conceitual da própria legalidade. Fala-se especificamente do fundamento político da legalidade, que norteia ações para a convivência harmônica entre os poderes (funções) de Estado. Essa função da legalidade impescinde do atuante papel do Judiciário na manutenção do Estado de Direito e do próprio pacto republicano.

Dito isso, manejar medidas protetivas sem a observância da dimensão do necessário para a satisfação do direito que as justifica significa: i) deslegitimar os fundamentos que garantem razão às cautelares dentro do sistema jurídico; ii) ignorar a necessária evolução hermenêutica

para a concretização dos direitos das mulheres; iii) deixar de atender a importância político-social reconhecida ao tema pelo legislador; iv) negligenciar tutela possível diante de quadros de vulnerabilidade, negando vigência ao instituto em sede de direitos que não admitem retrocesso.

O argumento de que não se pode estender as medidas protetivas a terceiros envolvidos em situação de violência doméstica e familiar em razão da falta de previsão legal precisa ser superado. Negar que as cautelares da Lei 11.340/06 não possam surtir efeitos para além daquele frente ao qual se manifesta comprovada a relação doméstica ou familiar significa negar vigência ao instituto e à sua específica finalidade.

Na esteira do que se sustenta, uma cautelar encontra justificativa diante do estado de perigo qualificado pela emergência. A providência judicial deve observar os dispositivos legais previstos pelo legislador e, mediante atividade hermenêutica adequada (atenta às especificidades da realidade que se analisa), não pode se furtar de atribuir abrangência necessária ao acautelamento da situação perigosa que se apresenta. Dizer que as medidas protetivas não reúnem condições legais contra quem não possua, de plano, relação doméstica ou familiar com a vítima é desconsiderar o óbvio: o perigo juridicamente tutelável em decorrência de condutas humanas deve levar em consideração que seu implemento pode se realizar direta ou indiretamente (executor e mandante, por exemplo).

Se as medidas protetivas não podem alcançar terceiros que com o agressor unem esforços para condutas contra a mulher com a qual apenas este mantém relação doméstica ou familiar, está-se admitindo o absurdo de que a vítima permanece sempre desprotegida, mesmo em um cenário de evidências, que torna provável sua vulnerabilidade a se considerar ações de interpostas pessoas.

Em outras palavras: se a medida protetiva se legitima em uma realidade de perigo para a mulher vítima de violência doméstica e familiar, as providências judiciais devem atender à extensão verificável do perigo diagnosticado. Se o perigo suscita atenção, que se justifica para além da figura daquele que guarda com a vítima relação doméstica ou familiar, esse (o perigo) não deixa de existir por mera ausência de específica previsão legal da forma por meio da qual necessita ser controlado. Permanece imanente e, ainda pior, não considerado pelas instituições de Justiça.

Desconsiderar que nessa situação o perigo persiste e que deve ser visto até mesmo com maior cautela (pois há maximização da sua forma de manifestação) é não compreender a finalidade da norma cautelar e a possibilidade que é dada a qualquer intérprete da lei de aplicá-la nos termos dos fins que hermenêuticamente se justificam. Em síntese: o perigo deve ser tutelado no nível da abrangência que revela, justificando sim que terceiros estejam sob a influência da decisão cautelar que vise a redução do estado tido perigoso.

Não se ignora que é necessário ter demasiado cuidado nas construções teóricas que se destinam a dar interpretação extensiva e/ou analógica às previsões legais, que podem representar limitação de direitos. Não há dúvida de que as medidas protetivas se convertem em imposições restritivas de direitos na esfera de liberdade daqueles contra quem são decretadas. Por isso, seu manejo requer cuidado. Mas essa dinâmica atenta à dose dos efeitos legais resultantes da atuação judicial é parte indissociável da função de julgar. Não fosse necessário que juízes avaliassem de modo particular o sentido que devem assumir as palavras que formam as previsões legais diante de casos concretos, poder-se-ia considerar a imediata implementação da tecnologia para efeitos decisórios em qualquer plano das tarefas judiciais, inclusive.

O que se defende aqui é justamente um olhar hermenêutico atento às finalidades do instituto cautelar e às consequências que isso implica nas realidades da mulher vítima e dos agentes geradores do perigo. Isso para que não se opere hipossuficiência do sistema legal frente à proteção integral dos direitos da mulher vítima de violência doméstica e familiar,

nem excessos injustificáveis (para além do perigo diagnosticado) na restrição de direitos daquele apontado como agressor. Nessa linha, não se pode concluir que seja excessiva a decisão que estende efeitos cautelares a quem não guarde com a vítima relação doméstica e familiar quando configurada hipótese de que terceira pessoa une esforços para a produção do perigo que se deseja remediar.

Ademais, a defesa do direito que aqui se delineia não compreende novidade no raciocínio jurídico-penal. A parte geral do Código Penal brasileiro corrobora o argumento, quando estabelece no artigo 30, que as circunstâncias e as condições de caráter pessoal se comunicam na hipótese de concurso de pessoas quando elementares do crime.⁴ O que significa dizer que, mesmo aqueles que não guardam a específica condição pessoal do tipo, devem ser imputados do respectivo crime praticado em conjunto com aquele que reúne a elementar pessoal expressamente prevista (desde que conhecida essa realidade). A lição de **Paulo Busato** explica que “A compreensão do tipo há de ser analisada a partir de sua descrição elementar, que é composta pelos elementos que o descrevem (incluídas, por exemplo, qualificadoras)” (BUSATO, 2017, p. 668). Daí é possível concluir que “Tudo o que fizer parte da descrição dos elementos do tipo, mesmo que seja circunstância ou condição de caráter pessoal, alcançará a todos os autores e partícipes” (BUSATO, 2017, p. 668).

Não se desconhece que a previsão do artigo 30 do Código Penal se destina a estabelecer condição de alargamento da hipótese de tipicidade, determinando efeitos diretos na escolha da figura típica a ser imputada. Mas o que se quer aqui invocar é que o fundamento de existência do artigo 30 soma razão para a possibilidade de que também se restrinjam condutas, sob justificativa cautelar, daqueles que praticam com o agressor ações penais de violência contra a mulher.

Considerando hipótese de crime próprio no âmbito de tutela da violência doméstica e familiar contra a mulher, é certo que quem conhece essa específica condição pessoal do seu comparsa com a vítima, mantendo com ele vínculo subjetivo, somando com ele esforços para a concretização da conduta típica, deve ser imputado com a observância da circunstância pessoal constitutiva do tipo a que deu causa. Deve, por consequência sistêmica, também ser considerado agente gerador de perigo a ser afastado por medida cautelar que pretende evitar a consumação da conduta típica.

Imagine-se a situação de agente que contrate outra pessoa para

executar seu intento de cometer homicídio contra a esposa. Narra o artigo 121, §2º, do Código Penal, que configura hipótese de feminicídio (qualificadora do homicídio) agir contra a vida de mulher com quem se mantém relação doméstica e familiar (§2º-A, I, do mesmo artigo). Esse vínculo entre mandante e vítima configura condição pessoal que, em regra, é fator incomunicável entre aqueles que agem em concurso de pessoas. Entretanto, na específica situação, caracteriza também elementar da figura típica do feminicídio, autorizando que a todos os envolvidos seja estendida a condição pessoal do coautor mandante. **Alice Bianchini** corrobora que a respectiva qualificadora “implica desdobramentos nas hipóteses de concurso de pessoas diante da regra inserta no artigo 30 do Código Penal” (BIANCHINI, 2016, p. 216). Por consequência, defende a autora que “o coautor ou partícipe de feminicídio responderá pela figura qualificada se o delito for cometido em contexto de violência doméstica ou familiar (...)” (BIANCHINI, 2016, p. 216).

E sendo assim, indaga-se: seria razoável imaginar que, mesmo diante da possibilidade de responsabilização penal das pessoas que não guardam relação doméstica e familiar com a vítima, o Direito Processual poderia se omitir na função cautelar preventiva? Não encontra fundamento adequado a ideia de que o Direito Penal possa punir, mas que o Direito Processual não possa oferecer tutela cautelar. Com mais razão, o Direito Formal não pode negar que situações de perigo devam ser consideradas frente a todos que lhe dão causa.

Medidas protetivas, por isso, necessitam alcançar todos os possíveis autores frente aos quais o perigo que se quer evitar reste concretamente representado, justamente para que se possa agir preventivamente no nível da ameaça configurada. Só assim se pode atender a contento a intenção de se evitar a ocorrência do evento criminoso que, caso se efetive, admitirá a reprovação de todos os envolvidos incluídos no contexto da circunstância pessoal também tida como elementar típica.

Destarte, conclui-se que as medidas cautelares consistentes nas protetivas da Lei 11.340/06 necessitam ser estendidas contra todos os envolvidos na situação geradora de perigo, haja vista a necessidade de se acautelar a probabilidade de dano na sua maior dimensão possível. Só assim, a decisão judicial estará em conformidade com a finalidade a que se destina, confirmando a vigência do instituto e sua natureza jurídica.

Notas

¹ “O longo itinerário histórico percorrido pelo movimento feminista, seja em nosso País, seja no âmbito da comunidade internacional, revela trajetória impregnada de notáveis avanços, cuja significação teve o elevado propósito de repudiar práticas sociais que injustamente subjugavam a mulher, suprimindo-lhe direitos e impedindo-lhe o pleno exercício dos múltiplos papéis, que a moderna sociedade, hoje, lhe atribui, por legítimo direito de conquista” (BRASIL, 2019, p. 9).

² “Tal tema é controverso e, por essa razão, divide os estudiosos do tema, bem como aqueles que trabalham no dia a dia com essa matéria: parte minoritária defende caráter autônomo, satisfativo e de tutela inibitória das medidas protetivas, ao passo que a corrente majoritária brada pela natureza cautelar, instrumental e

acessória das medidas protetivas” (MENDONÇA, 2019, p. 77).

³ “A despeito de certa controvérsia na doutrina quanto a sua natureza jurídica, como o próprio legislador se refere a elas como medidas protetivas de urgência, prevalece o entendimento de que estamos diante de medidas cautelares. Enfim, são medidas de natureza urgente, que se mostram necessárias para instrumentalizar a eficácia do processo” (LIMA, 2019, p. 1517).

⁴ São circunstâncias de caráter pessoal “as que se referem aos motivos determinantes, à qualidade ou condição pessoal do agente, às suas relações com a vítima ou demais partícipes ou coautores” (FRAGOSO, 2020, p. 260).

Referências

BIANCHINI, Alice. *A Qualificadora do feminicídio é de natureza objetiva ou subjetiva?* EMERJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 203 - 219, jan.-mar. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 08 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em 08 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). *AgRg no AREsp 1643237/GO*. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 29 set. 2021A. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 08 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Violência doméstica: 15 interpretações que reforçaram a proteção da mulher em 15 anos da Lei Maria da Penha*. 2021B. *STJ*, notícias, 8 ago. 2021B. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta/paginas/Comunicacao/Noticias/08082021-Violencia-domestica-15-interpretacoes-que-reforçaram-a-protecao-da-mulher-em-15-anos-da-Lei-Maria-da-Penha.aspx>. Acesso em: 16 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Proteção da mulher*. Jurisprudência do STF e bibliografia temática. Brasília: Secretaria de Documentação do STF, 2019.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal*. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2017.

FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*. Parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

MENDONÇA, Kárin Liliane. A natureza jurídica das medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006. *Revista Amagis Jurídica*, [S.l.], n. 12, p. 75-84, ago. 2019.

SILVA, Ovídio Baptista; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Recebido em: 21.02.2022 - Aprovado em: 30.04.2022 - Versão final: 08.06.2022

JUSTO TÍTULO: EM BUSCA DE MAIOR SEGURANÇA JURÍDICA PARA ADMITIR A PROVA ILÍCITA

“JUSTUS TITULUS”: GREATER LEGAL CERTAINTY TO EXCEPTION OF THE EXCLUSIONARY RULE

Alfredo Carlos Gonzaga Falcão Junior

Doutor em Direito pela UFPE, com estágio no Max Planck de Hamburg-Ale. Procurador da República.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7514174629765712>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7427-2469>

alfredofalcao@gmail.com

Resumo: O justo título é um espaço argumentativo, que visa a assegurar a calibragem do sistema jurídico, para, em atenção à justiça, serem oferecidas respostas diferentes das usuais. Propõe-se usar o justo título como etapa argumentativa anterior à aplicação das exceções legais à proibição de uso da prova ilícita.

Palavras-chave: Justo título – Prova ilícita – descontaminação.

Abstract: The “justus titulus” has the function of ensuring the calibration of the legal system, so that different answers from the usual ones are offered to problems that present relevant and particular circumstances for the realization of justice. It is proposed to use the “justus titulus” as an argumentative stage prior to the application of exclusionary rule.

Keywords: Justus titulus – Illegal evidence – Exception to exclusionary rule.

1. Introdução

O justo título é um instituto de Direito Antigo, que foi recuperado na década de 60 do século passado, pela tópica e pela retórica, como instrumento para fundamentar soluções criativas para velhos problemas jurídicos.

Ele foi pensado para dar maior segurança jurídica à relativização da proibição de uso da prova ilícita. Antes de serem aplicadas as exceções legais do ordenamento nacional – fonte independente e descoberta inevitável –, o operador deve preencher campo argumentativo para dizer se o fato em prova oferece o justo título.

Entre a proteção da liberdade individual e o desejo de assegurar a efetividade da tutela penal, há o anseio de que a decisão jurídica exponha à exaustão todos os argumentos do porquê de admitir a prova ilícita. Logo, o justo título é uma garantia a favor do Estado de Direito e do controle social da decisão.

Não serão trabalhadas neste ensaio as exceções da fonte independente (FI) e da descoberta inevitável (DI), que remetem a uma problemática posterior ao local argumentativo do justo título.

2. Segurança jurídica e exceção à proibição de uso da prova ilícita: uma breve história

O desenvolvimento das exceções à regra de exclusão da prova ilícita nos Estados Unidos destacou a relação entre política criminal e aplicação da dogmática processual-penal. As regras de exclusão da prova ilícita foram consolidadas ao longo de um período político em que os Direitos Civis foram objeto de importantes declarações da Corte Suprema. Após, porém, num período ligado à ascensão do partido republicano, nos idos 1970 em diante, viu-se a criação de normas de exceção à regra de exclusão.¹

Ao lado da confiabilidade da prova, como instrumento apto para sustentar enunciados de fato sobre o passado, e da proteção da expectativa de intimidade, visava-se também a garantir a efetividade do sistema criminal, dêis que os agentes públicos se comportassem com boa-fé.²

Como paralelo ao Direito Brasileiro, quanto às regras de descontaminação – art. 157, CPP –, tem-se a fonte independente, que é a referência mais antiga, quando num juízo retrospectivo, examina-se se a informação também fora colhida por meio lícito, e a descoberta inevitável, que depende de juízo normativo mais complexo, relacionado a se imaginar quando uma prova poderia ser obtida segundo parâmetro médio de investigação a ser desenvolvida.³

Na Alemanha, o início do século XX foi caracterizado como momento em que se rejeitou o emprego da prova ilícita, pois não se poderia admitir efeitos lícitos de um ato ilícito. Ademais, o Estado não poderia se equiparar a um infrator para produzir provas.⁴

Não obstante, por forte pressão política, a jurisprudência apresentou oscilações quando se trata de punir crimes graves ou que ofendam a segurança nacional. Adotou-se, nesse tom, uma visão menos kantiana e mais utilitária, sob forte crítica de segmentos importantes da doutrina.⁵

Como se vê, para além das exceções legais, defende-se neste ensaio, que existirá melhor segurança jurídica se, antes da aplicação das referidas excepcionalidades, houver espaço argumentativo para o justo título, nos quais seriam expostos fundamentos relevantes como boa-fé, gravidade do crime, quais danos jurídicos poderão ser compensados pela parte contra quem for usada a prova, respeito ao Processo Penal como instrumento jurídico-político de contenção da violência estatal etc.

Observe-se que este capítulo decisório é autônomo e independe de qual exceção será aplicada futuramente. A ideia é criar um arcabouço de média abstração para mostrar que a construção jurídica não é casuística e que pode fazer as vezes de regra jurisprudencial para casos futuros.

3. Distinção entre regras de produção e de uso da prova

O texto constitucional brasileiro torna inadmissível o uso de provas obtidas por meio ilícito. Uma dicção literal, com efeito, impediria qualquer exceção à proibição em comento.⁶

Uma regra absoluta sobre o tema seria uma situação *sui generis*

da prática brasileira, já que não há notícia da completa rejeição da prova originariamente ilícita em outro ordenamento.⁷

A dificuldade de trabalhar com base no preceito do tudo ou nada foi sentida após a CF/88. Antes, tinha-se o princípio da livre convicção do julgador como esteio para tornar secundária a distinção entre provas lícitas e ilícitas, exceto graves violações de Direitos Humanos.⁸

Posteriormente, com a nova dicção constitucional, a prática jurídica ficou extremamente complexa. Formalmente, houve a recepção da teoria dos frutos da árvore envenenada, sem se discutir sobre as exceções à proibição de uso da prova ilícita. Do ponto de vista material, porém, vê-se que aspectos políticos foram extremamente importantes para valorar as provas, de modo que, se há rejeição de uma prova ilícita, poderia ocorrer valoração determinante e exagerada de outras provas para justificar a condenação.⁹

Nesse quadro, é de melhor consideração admitir a distinção entre regras de produção e regras de uso da prova ilícita, assim como é feito na Alemanha, com base no parágrafo 136a do Código Processual Penal Alemão.¹⁰ Ambas as normas, de uso e de produção, são de direito material, mas analiticamente se distinguem porque as primeiras se voltam a estabelecer os limites de liberdade para reconstruir a realidade, ao passo que as segundas se referem indiretamente à liberdade, uma vez que voltadas a garantir o devido processo legal ou, segundo normativos europeus (Convenção Europeia de Direitos Humanos), o processo justo.¹¹

O exemplo mais didático é o do réu que se arrepende do seu depoimento. Embora a prova tenha sido produzida licitamente, discute-se se o seu uso violará o devido processo, caso o réu resolva mudar a versão dos fatos para uma melhor defesa e rejeite a versão anterior.¹² Outro caso seria a produção de prova pelo Ministério Público, acerca da vida pregressa de pessoas que fazem parte da lista de jurados, sem antes apresentar essas informações à defesa.¹³

As exceções legais tratadas pela ordem processual, quando fala em fonte independente e descoberta inevitável, em suma, referem-se a regras de produção, uma vez que a Constituição Federal proíbe a relativização das regras de uso como efeito do zelo pelo devido processo legal. Isso também daria maior coerência às decisões do STF.

A distinção entre regras de produção e de uso permitiria olhar com maior acuidade teorias de médio porte para saber qual direito material está em jogo e como ele poderia ser compensado ao longo do processo criminal. Importante comentar ao menos duas dessas teorias, as quais são bastante debatidas na doutrina alemã.

A Teoria do Círculo Correto de Proteção ("*rechtskreis*"), que procura uma abordagem adequada do bem jurídico a ser protegido. Qual o espaço que o âmbito da norma protege? Aqui se destaca a preocupação com o dano que pode ser superável.¹⁴

Ou A Teoria do Controle Informacional, preocupada em garantir que o titular do dado deve ser previamente informado e autorizar o modo por que o dado será utilizado por terceiros. A discussão está em torno de dados submetidos a uso comercial, dos dados que, por questão de segurança pública preventiva, são submetidos a controle do Estado, e os que se referem à apuração de crimes graves. O interesse público poderia prevalecer sobre a vontade do titular do dado?¹⁵

Todas essas reflexões devem ser feitas no espaço decisório prévio à aplicação do instituto legal de exceção à proibição de admissão da prova ilícita, o qual se lança como justo título.

4. Justo Título: da teoria geral do Direito a considerações práticas de aplicação

O justo título é criação jurisprudencial do período formulário romano.

Ele serviu para justificar situações para as quais o reconhecimento de licitude redundaria numa satisfação de justiça, conquanto se cuidasse de uma situação excepcional.¹⁶

Propriamente, significou uma resposta não esperada do sistema jurídico, como uma regra de calibragem para corrigir situações verdadeiramente injustas, se o sistema jurídico desse uma resposta previsível e usual. De início foi e ainda é usado no Direito Privado para tratar, por exemplo, casos de posse de imóvel, a favor de quem não detém o título formal.¹⁷

Mais tarde, num voo histórico adequado para as limitações deste ensaio, o emprego do justo título se deu no contexto da teoria da argumentação e da tópica, na segunda metade do século XX.

O justo título quebraria a relação formal e estática do fato existente, válido e eficaz, pois explicaria a passagem do fato existente com defeitos diretamente para o mundo da eficácia. Em vez de se falar em anormalidade do ordenamento ou de suposta aparência de validade, garante-se uma construção retórica e robusta da tríade do fato existente, válido e eficaz.¹⁸

Assim, o justo título seria um lugar argumentativo criado antes da aplicação de exceções legais à proibição da prova ilícita, como DI e FI, para denotar que a separação entre fato existente e fato inexistente (ou existente imperfeito) é, antes de tudo, uma questão jurídico-cultural.

No ambiente probatório, teria como referência a exposição justificada de qual direito material estaria sendo sacrificado e de como o processo continuaria a ser instrumento político-jurídico de defesa da liberdade contra ações arbitrárias. O justo título, portanto, é a porta de entrada para se justificar uma exceção à regra de exclusão da prova ilícita.

O justo título seria a causa eficiente para dizer o motivo pelo qual determinado ato probatório teria o condão de gerar direito e obrigações numa relação jurídica.¹⁹

Um exemplo para esclarecer a utilidade da aplicação do justo título seria o compartilhamento de dados com o uso posterior deles fora do motivo que justificou a requisição.

Nos termos das leis 13.709/18 (LGPD) e 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), o uso de dados depende da prévia informação de como o referido dado vai ser usado e do prévio consentimento do titular.²⁰

O caso criminal do uso dos dados para finalidade diversa seria quando os dados fossem utilizados para motivo diverso do que consta no requerimento registrado em procedimento aberto para controle de legalidade posterior ao compartilhamento. Obviamente, nessa senda, o controle informacional do dado sofreria um dano, que precisaria ser devidamente justificado na decisão como seria reparado.

Antes de se discutirem os pormenores da aplicação da descoberta inevitável, o espaço argumentativo reservado ao justo título ajudaria a compreender a boa-fé dos agentes envolvidos, os tipos de crimes que são investigados, como as informações compartilhadas pelas instituições chegaram ao órgão, a possibilidade abstrata de os dados chegarem ao sistema de controle criminal, haja vista o histórico de ações do investigado; seria aludido também o modo pelo qual o impactado pelo uso dos dados poderia se defender etc. Essa linha seria importante para demonstrar a repercussão do uso da prova no âmbito do contraditório e da ampla defesa.

Desse modo, seriam abordadas as regras de produção e de uso da prova, já assinalando a compatibilidade constitucional e legal do ato probatório, segundo as nuances da teoria do controle informacional.

A função iluminista do Processo Penal é, de fato, ser um instrumento de proteção da liberdade contra arbitrariedade estatal, mas, por outro lado, é o meio mais racional para garantir a efetividade da tutela penal.²¹

O justo título seria uma ferramenta para publicizar as opções do julgador, dentro dos marcos legais, sem abrir mão de controle público posterior da decisão. Não é um meio de legitimação da decisão

judicial infalível – o que soaria ingênuo –, todavia um caminho para se fazer justiça, apesar da falibilidade humana.

Com efeito, ele assinalaria um capítulo da decisão no qual onde o fato existente ingressaria no mundo da validade, abrindo-se a momento posterior; quando se poderiam discutir as hipóteses legais de relativização da proibição da prova ilícita, as quais são capítulos para outra oportunidade.

Notas

- 1 DEU, 2014, p. 25-33.
- 2 Isso ficou claro com o período da Suprema Corte aos ideais republicanos. Com efeito, em 1968, o presidente Nixon registrou que o Judiciário enfraquece a luta da paz contra o crime — era uma crítica velada ao período em que a Corte maior dos EUA ficou conhecida como “Court Warren” (1953-1969) (EPSTEIN; WALKER, 2016, p. 465-467).
- 3 Código de Processo Penal Brasileiro (CPP), Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. Silverthorne Lumber Co. v. United States, 251 U.S. 385 (1920), com o voto decisivo do juiz Oliver Holmes. A teoria dos frutos da árvore envenenada ganhou esse nome com o caso Nardone v. United States, 308 U.S. 338 (1939).. Caso Nardone v. United States: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/>, disponível em 13/09/2020
- 4 Beling, no início do século XX, afirmou que a busca da verdade material não poderia se sobrepor ao estado de ilicitude decorrente de provas contrárias ao direito e que não poderiam ser aproveitadas pelo Estado (BELING, 2009).
- 5 ANDRADE, 2006, p. 188-208; EISENBERG, 2017, p. 152-154. A despeito disso, a burocracia alemã, dentro de um esforço conjunto do estabelecimento da polícia europeia, ainda se articula em rede preventiva, na busca automática de dados, sobretudo peculiar à “cyber-Kriminalität”. O excesso de protocolos para essas atividades decerto prejudicaria o resultado final, tornando inócua toda atividade de inteligência (BETZ, 2013, p. 185-193).
- 6 Constituição Federal (CF), “Art. 5º. (...) LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”
- 7 No Direito espanhol, nas palavras de Juan-Luis Gómez Colomber, a história das provas parece ter completado uma volta. No século XIX, o princípio da verdade material não suplantava a rejeição da prova ilícita, se fosse importante para um juízo condenatório; depois, no início do século XX, por influência da dogmática alemã, passou-se a rejeitar integralmente a prova ilícita; por fim, nos idos de 1995, aos poucos, foi-se sedimentando a teoria da eficácia reflexa de antijuridicidade. Os primeiros casos de relativização foram a fonte independente e a descoberta inevitável, a par do encontro casual de provas. Depois, sob o pálio da conexão de antijuridicidade, o tema ganhou semelhança com a teoria da imputação objetiva, haja vista que a prova deveria ser avaliada segundo o risco de antijuridicidade emanado do seu uso (COLOMER, 2010, p. 17-68).
- 8 CARVALHO, 1995.
- 9 RO HC 132062, RE 418516, RO HC 85.286-6 e HC 84679-3, todos do STF; OLIVEIRA, 2016; SILVA; FELIX, 2016.
- 10 Strafprozeßordnung (StPO) § 136a Verbotene Vernehmungsmethoden; Beweisverwertungsverbote(1) Die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung des Beschuldigten darf nicht beeinträchtigt werden durch Mißhandlung, durch Ermüdung, durch körperlichen Eingriff, durch Verabreichung von Mitteln, durch Quälerei, durch Täuschung oder durch Hypnose. Zwang darf nur angewandt werden, soweit das Strafverfahrensrecht dies zuläßt. Die Drohung mit einer nach seinen Vorschriften unzulässigen Maßnahme und das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils sind verboten.(2) Maßnahmen, die das Erinnerungsvermögen oder die Einsichtsfähigkeit des Beschuldigten beeinträchtigen, sind nicht gestattet.(3) Das Verbot der Absätze 1 und 2 gilt ohne Rücksicht auf die Einwilligung des Beschuldigten. Aussagen, die unter Verletzung dieses Verbots zustande gekommen sind, dürfen auch dann nicht verwertet werden, wenn der Beschuldigte der Verwertung zustimmt. <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/>, disponível em 06/06/2022.
- 11 JUGL, 2017; SYDOW, 1976.
- 12 RHC 124919, STF e HC 612264 / SC, STJ.
- 13 Melhor reflexão sobre o sorteio dos jurados: SOARES, 2021.
- 14 EISENBERG, 2017, p. 154-169.
- 15 EISENBERG, 2017, p. 154-169.
- 16 CASTRO, 1985, p. 140-157.
- 17 A construção retórica da existência do fato jurídico é parte relevante deste ensaio (CASTRO JÚNIOR, 2009, p. 38-58).
- 18 MELLO, 2007, p.118-123. Em Roma, já se separavam as fontes do Direito em lícita e ilícita. O fator cultural era decisivo para separar uma fonte da outra espécie (GAIO, 2010, p. 353-354).
- 19 CASTRO, 1985, p. 60-63; 95-106. Note-se que, em vez de haver uma regra probatória para dizer quando uma prova não poderia ser aceita, o justo título é uma tentativa de dizer quando uma prova pode ser aceita (Laudan, 2008).
- 20 WOLTER, , 2018, p. 159-209. Cf também Art. 4º da Lei nº 13.709/18. Ainda depende de lei ulterior o regramento do uso de dados para fins de investigação criminal. Em termos de jurisprudência, a decisão RE nº 1055.941, STF, contempla bem o problema.
- 21 PINO, 2016, p. 177-236. Cf. DIAS, 2004, p. 51-80.

Referências

- ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 2006.
- BELING, Ernst von. *Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal*. Las prohibiciones probatorias. Bogotá: Temis, 2009.
- BETZ, Joachim e KLÜBER, Hans-Dieter. Internet governance. *Wer regiert wie das Internet?* Wiesbaden: Springer, 2013.
- CARVALHO, Ricardo C. Torres d. A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal — um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. v. 12, p. 162-200, out./dez., 1995.
- CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva. *A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente*. São Paulo: Noeses, 2009.
- Código de Processo Penal (CPP). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm, disponível em 06/06/2022.
- Código de Processo Penal Alemão (Strafprozeßordnung). <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/>, disponível em 06/06/2022.
- COLOMER, Juan-Luis Gómez. *Temas dogmáticos y probatorios de relevancia en el proceso penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2010.
- Constituição Federal (CF). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, disponível em 06/06/2022.
- DEU, Teresa Armenta. *A prova ilícita*. Um estudo comparado. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2004.
- EISENBERG, Ulrich. *Beweisrecht der StPO*. München: Verlag, 2017.
- EPSTEIN, Lee e WALKER G., Thomas. *Rights, Liberties and Justice*. Constitutional law for a changing America. 9 ed. Washington DC: Sage, 2016.
- GAIO. *Instituições*. Direito privado romano. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.
- JUGL, Benedikt. *Fair trial als Grundlage der Beweiserhebung und Beweisverwertung im Straverfahren*. Baden-Baden: Nomos, 2017.
- LAUDAN, Larry. *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology* (Cambridge Studies in Philosophy and Law) . Cambridge: Cambridge University Press, 2008. Edição do Kindle. ISBN-13 978-0-511-24273-1.
- Lei nº 12.965/2014. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm, disponível em 06/06/2022.
- Lei nº 137019/2018. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm, disponível em 06/06/2022.
- MELLO, Marcos Bernardes de Mello. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2007.
- OLIVEIRA, Adriana de. O que significa dizer que a prova ilícita é inadmissível? *Revista Fórum de Ciências Criminas — RFCC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 06, p. 145-163, jul./dez. 2016.
- PINO, Giorgio. *Legalità penale e rule of law*. PINO, Giorgio e VILLA, Vittorio (orgs). *Rule of Law. L'ideale della legalità*. Bologna: Mulino, 2016.
- Recurso Extraordinário (RE) nº 1.055.941, STF. <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754018828>, disponível em 06/06/2022.
- SILVA, Jardel Luís da e FELIX, Juri. Dos limites à atividade probatória no processo penal: ilicitude e compartilhamento de provas. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 111, p. 209-226, nov./dez. 2014.
- SYDOW, Fritz. *Kritik der lehre von den "beweisverboten"*. Berlin: Würzburg, 1976.
- SOARES, Gustavo Torres. Procedimento do júri: a admissibilidade da convocação, já no primeiro sorteio preparatório, de jurados suplentes. *Boletim IBCCRIM*, ano 29, n. 348, nov. 2021.
- WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

Autor convidado

TEMA:

OBRIGATORIEDADE, OU NÃO, DO PROCEDIMENTO DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NO INTERCÂMBIO DE INFORMAÇÕES

Superior Tribunal de Justiça

Quinta Turma:

HABEAS-CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. AÇÃO PENAL MOVIDA CONTRA O PACIENTE E CORRÉ. CONDENAÇÃO POR CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO E NATURALIZAÇÃO FRAUDULENTA. SENTENÇA E ACÓRDÃO REGIONAIS UNIFORMES NA CONDENAÇÃO. PENA IMPOSTA REDUZIDA EM PARTE POR ESTE ÚLTIMO PARA RECONHECER A CONTINUIDADE NOS CRIMES DE LAVAGEM. ORDEM DENEGADA.

[...] IV. Alegação de nulidade do processo por utilização de prova ilícita constituída por depoimento de testemunha presa nos estados Unidos e ouvida por cooperação internacional durante a instrução judicial por autoridade não judicial e sem a participação da defesa do paciente.

[...] VI. Improcedência da suposta nulidade do processo por violação da ampla defesa. **A cooperação internacional bilateral entre Brasil e Estados Unidos em matéria penal disciplinada pelo Acordo denominado abreviadamente MLAT (Mutual Legal Assistance Treatie) prevê a colaboração por via direta, observados a organização e os procedimentos de cada parte, sendo certo que o depoimento de Alejandro Bernal Madrigal, cumprindo pena naquele país foi tomado por autoridade competente e com obediências às praxes locais e na presença de agentes brasileiros, recusando-se a defesa previamente ciente. Nulidade inócurre. Precedentes do STJ e do STF. [...].**

Trecho do voto do Min. Gilson Dipp: [...] cabe assinalar que a inquirição foi realizada por cooperação jurídica internacional nos termos do Tratado bilateral subscrito pelo Brasil e Estados Unidos, conhecido como MLAT ("Mutual Legal Assistance Treatie") ou "Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos estados Unidos da América", de acordo com o qual – com força de lei no Brasil (assim reconhecido por acórdão do STF no HC 91.444-RJ, Menezes Direito) – "as solicitações serão executadas de acordo com as leis do Estado requerido". Como está esclarecido no documento prestado pelo Ministério da Justiça brasileiro, o depoimento ("deposition") na forma realizada e integralmente trazido aos autos no original foi tomado por autoridade designada pela organização local e deu-se com as cautelas legais correspondentes, presentes ainda outros interessados e certificado por entidade oficial. [...] A jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal vem aceitando com naturalidade as características da cooperação internacional ao aceitá-la no modo como se organizam os estados requeridos, e não como se exigiria dentro das fronteiras brasileiras.

(HC 128590/PR, Quinta Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, j. 15/02/2011, DJe 28/02/2011) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6379**).

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO POLICIAL. QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO. CUMPRIMENTO INCOMPLETO DE ORDEM JUDICIAL. APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA À EMPRESA RESPONSÁVEL PELO FORNECIMENTO DE DADOS (FACEBOOK). POSSIBILIDADE. VALOR DAS ASTREINTES. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

[...] 3. A mera alegação de que o braço da empresa situado no Brasil se dedica apenas à prestação de serviços relacionados à locação de espaços publicitários, veiculação de publicidade e suporte de vendas não exime a organização de prestar as informações solicitadas, tanto mais quando se sabe que não raras vezes multinacionais dedicadas à exploração de serviços prestados via internet se valem da escolha do local de sua sede e/ou da central de suas operações com o objetivo específico de burlar carga tributária e ordens judiciais tendentes a regular o conteúdo das matérias por elas veiculadas ou o sigilo de informações de seus usuários.

4. Por estar instituída e em atuação no País, a pessoa jurídica multinacional submete-se, necessariamente, às leis brasileiras, motivo pelo qual se afigura desnecessária a cooperação internacional para a obtenção dos dados requisitados pelo juízo. [...].

(RMS n. 55.109/PR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/11/2017, DJe de 17/11/2017) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6380**).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO, COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO E FRAUDE PROCESSUAL. CONVENÇÃO DE PALERMO. NÃO APLICAÇÃO. RELAÇÃO COM CRIME ORGANIZADO, LAVAGEM DE DINHEIRO E CORRUPÇÃO. CONVENÇÃO SOBRE ELIMINAÇÃO DE EXIGÊNCIA DE LEGALIZAÇÃO DE DOCUMENTOS PÚBLICOS ESTRANGEIROS. ACORDO SOBRE ASSISTÊNCIA JURÍDICA MÚTUA EM ASSUNTOS PENAIIS ENTRE PAÍSES DO MERCOSUL, BOLÍVIA E CHILE. OBTENÇÃO DE DOCUMENTOS. AUTENTICAÇÃO E TRADUÇÃO. DISPENSA. AUTORIDADE CENTRAL. INTERMEDIÇÃO. NÃO EXIGÊNCIA. PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. DOCUMENTOS APRESENTADOS POR PARTICULARES. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...] 3. **A cooperação internacional entre Brasil e Bolívia no sistema de justiça penal está regulada especialmente pelo Acordo sobre Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre os Estados-Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile, promulgada pelo Decreto n. 8.331/2014, o qual prevê uma espécie de auxílio direto que dispensa qualquer**

forma de autenticação e tradução dos documentos obtidos pelo Estado requerente, mas não autoriza que tal obtenção seja feita diretamente por particulares.

4. **O Acordo** sobre Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre os Estados-Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile, promulgado pelo Decreto n. 8.331/2014, **dispensa a obtenção de documentos pelo Estado requerente por meio das chamadas autoridades centrais, mas neste caso exige necessidade de apostilamento ou autenticação da documentação.**

5. **Não há que se falar em nulidade de prova documental oriunda de outros países, ainda que evitada de vícios formais, sem demonstração concreta de prejuízo pela parte interessada, por força do art. 563, do Código de Processo Penal,** e precedentes deste Tribunal Superior, ressalvada a documentação diretamente apresentada por familiares da vítima, em face da menor credibilidade do seu conteúdo.

6. Recurso parcialmente provido, determinando o desentranhamento dos documentos indicados nas linhas 1, 2 e 3 da tabela integrante da fundamentação do voto. Sem prejuízo de a referida documentação poder voltar aos autos da ação pelas vias legais.

(RHC n. 127.038/MS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/10/2020, DJe de 20/10/2020) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6381**).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EVASÃO DE DIVISAS. ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 7.492/1982. ALEGADA ILICITUDE DAS PROVAS QUE EMBASARAM A CONDENAÇÃO. **DADOS BANCÁRIOS OBTIDOS POR AUTORIDADES NORTE-AMERICANAS, EM CONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO LOCAL, E REMETIDAS À POLÍCIA FEDERAL. FALTA DE PARTICIPAÇÃO DAS AUTORIDADES CENTRAIS DE BRASIL E EUA NESTE PROCEDIMENTO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ACORDO DE COOPERAÇÃO JURÍDICA FIRMADO ENTRE OS DOIS PAÍSES.** PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA DA EXCEÇÃO DE ORDEM PÚBLICA (ART. 17 DA LINDB). DESCABIMENTO. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

1. O recorrente se insurge contra o reconhecimento da litude das provas que fundamentaram sua condenação (a saber, dados e extratos bancários remetidos por autoridades norte-americanas à PF e à 2ª Vara Federal de Curitiba/PR, os quais demonstravam a existência de depósito em conta corrente no Delta National Bank de Nova Iorque).

2. Em hipóteses semelhantes, também em processos derivados das investigações do Caso Banestado, as duas Turmas da Terceira Seção desta Corte Superior já se manifestaram pela validade das provas obtidas por meio de cooperação jurídica internacional na modalidade de auxílio direto.

3. **A colaboração entre Brasil e EUA é regulada pelo Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal** (conhecido pela sigla MLAT, de Mutual Legal Assistance Treaty), **incorporado ao ordenamento nacional pelo Decreto 3.810/2001. Seu art. 4º institui um procedimento específico para as solicitações de cooperação, com a participação das autoridades centrais de cada país** (o Ministério da Justiça, no Brasil, e o Procurador-Geral, nos EUA).

4. O MLAT busca facilitar a cooperação entre os Estados signatários, não só pelo rito do art. 4º (em que a solicitação é feita pela autoridade central do país requerente), mas também por “qualquer outra forma de assistência” (art. 1º, n. 2, “h”), “ajuste ou outra prática bilateral cabível” (art. 17). Tratar o procedimento formal do art. 4º como impositivo, sob pena de nulidade das provas obtidas por formas atípicas de cooperação, desconsideraria o teor destes textos normativos e violaria frontalmente o art. 1º, n. 5, do Acordo.

5. Respeitadas as garantias processuais do investigado, **não há prejuízo na cooperação direta entre as agências investigativas, sem a participação das autoridades centrais.** A ilicitude da prova ou do meio de sua obtenção somente poderia ser pronunciada se a parte recorrente demonstrasse alguma violação de suas garantias ou das específicas regras de produção probatória, o que não aconteceu. [...].

(AREsp n. 701.833/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 4/5/2021, DJe de 10/5/2021) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6382**).

PENAL. PROCESSO PENAL. OPERAÇÃO LAVA JATO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. ILICITUDE DAS PROVAS ORIUNDAS DE INTERCEPTAÇÃO TELEMÁTICA. REGRAS PROCESSUAIS. TRATADO DE ASSISTÊNCIA MÚTUA EM MATÉRIA PENAL ASSINADO PELO BRASIL E CANADÁ. MALFERIMENTO DO DECRETO Nº. 6.747/2009. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA SUJEITA À JURISDIÇÃO NACIONAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. DILIGÊNCIAS INDEFERIDAS. ART. 400, § 1º DO CPP. IRRELEVÂNCIA. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA. BENEFÍCIO DA COLABORAÇÃO PREMIADA. INCIDÊNCIA DO ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. ERRO MATERIAL. CORREÇÃO. DECISÃO MANTIDA.

I - O Agravo Regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento firmado anteriormente, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

II - **O Brasil e o Governo do Canadá firmaram, em 27.1.1995, Tratado de Assistência Mútua em Matéria Penal, promulgado por meio do Decreto n. 6.747/2009. Nada obstante, se os serviços de telefonia, por meio dos quais foram interceptadas as comunicações - BlackBerry Messenger (BBM), encontravam-se ativos no Brasil, por intermédio de operadoras de telefonia estabelecidas no território nacional, o sigilo está submetido à jurisdição nacional, não sendo necessária a cooperação jurídica internacional.** Precedentes. [...]

(AgRg no REsp n. 1.928.705/RS, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 23/11/2021, DJe de 3/12/2021) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6383**).

Sexta Turma:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, LAVAGEM DE DINHEIRO, TRÁFICO DE DROGAS, RECEPÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO. PREVENÇÃO. NULIDADES. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO. MATÉRIA SUPERADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

[...] 5. Os serviços telefônicos e telemáticos – por meio dos quais foram realizadas as comunicações interceptadas – encontravam-se ativos no Brasil, por intermédio de operadoras de telefonia estabelecidas no território nacional, evidenciando-se a efetiva atuação da empresa canadense no País, independentemente do local de armazenamento do conteúdo das mensagens trocadas entre o recorrente e os demais acusados. Dessa forma, **tratando-se de matéria submetida à jurisdição brasileira, desnecessária se torna a própria cooperação jurídica internacional, a qual só seria necessária caso se pretendesse, por exemplo, interceptar pessoas residentes no exterior, o que não é o caso** [...].

(RHC 67558/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, j. 06/10/2016, DJe 21/10/2016) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6384**).

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OPERAÇÃO ESCORPIÃO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ART. 35, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. LEI N. 9.296/1996. OFENSA AO ART. 5º DA LEI N. 9.296/1996. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA N. 182/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 780 DO CPP. DESNECESSIDADE DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. ART. 59 DO CP. NÃO ENFRENTAMENTO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTO IDÔNEO. AUMENTO PROPORCIONAL. PRECEDENTES.

[...] 3. Não procede a alegação de descabimento das provas dos autos, em razão de a parte operacional da interceptação ter sido produzida em outro país, sem observância das regras contidas no Tratado de Assistência Mútua em matéria penal, firmado entre Brasil e Canadá. Isso porque, **no caso, as comunicações foram perpetradas em solo brasileiro, por intermédio de operadoras de telefonia estabelecidas neste país, o que evidencia a efetiva atuação da empresa canadense no Brasil, independentemente do local de armazenamento do conteúdo das mensagens realizadas por usuários brasileiros em âmbito nacional**. E esta Corte Superior, em situações semelhantes, já afirmou que, **em se tratando de matéria submetida à jurisdição brasileira, não é necessária a cooperação jurídica internacional**. Precedentes. [...].

(AgRg no AREsp n. 1.604.544/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 1/9/2020, DJe de 9/9/2020) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6385**).

Supremo Tribunal Federal

Segunda Turma:

INQUÉRITO. CORRUPÇÃO PASSIVA, LAVAGEM DE DINHEIRO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (ART. 317, § 1º, DO CÓDIGO PENAL, ART. 1º, § 4º, DA LEI 9.613/1998 E ART. 2º, §§ 3º E 4º, II, DA LEI 12.850/2013). OBSTRUÇÃO DA PERSECUÇÃO PENAL DE INFRAÇÃO NO ÂMBITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (ART. 2º, § 1º, DA LEI 12.850/2013). VIOLAÇÃO DE SIGILO PROFISSIONAL QUALIFICADO E FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DE LICITAÇÃO (ART. 325, § 2º, DO CÓDIGO PENAL E ART. 90 DA LEI 8.666/1993). PECULATO (ART. 312 DO CÓDIGO PENAL). RÉPLICA ÀS RESPOSTAS DOS DENUNCIADOS. PRAZO IMPRÓPRIO PARA APRESENTAÇÃO. INTERCEPTAÇÃO TELEMÁTICA DE

MENSAGENS ARMAZENADAS POR EMPRESA ESTRANGEIRA. LICITUDE DA PROVA. MEDIDAS CAUTELARES SUBSIDIADAS POR FARTA DOCUMENTAÇÃO. BUSCA E APREENSÃO EXECUTADA NA RESIDÊNCIA DE SENADOR DA REPÚBLICA. DESNECESSIDADE DE SUPERVISÃO DA POLÍCIA LEGISLATIVA. CONTINUIDADE DE INVESTIGAÇÕES APÓS OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. ELUCIDAÇÃO DE FATOS DIVERSOS. SISTEMA DE INVESTIGAÇÃO DE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. CADEIA DE CUSTÓDIA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. DESMEMBRAMENTO DA INVESTIGAÇÃO QUANTO A ACUSADOS SEM PRERROGATIVA DE FORO. PRELIMINARES REJEITADAS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS PARCIALMENTE. DENÚNCIA RECEBIDA, EM PARTE.

[...] 2. **Em se tratando de interceptação de mensagens trocadas em território brasileiro, por pessoas com residência no Brasil, o seu deferimento por autoridade judicial brasileira não implica ofensa às disposições do Tratado de Assistência Mútua em Matéria Penal celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Canadá** - internalizado pelo Decreto 6.747/2009. Constante do rol das finalidades fundamentais dos tratados de cooperação jurídica em matéria penal, a “desburocratização da colheita da prova” (MS 33.751, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe de 31.3.2016) autoriza compreender que **eventual inobservância de formalidades previstas no acordo internacional não acarreta a ilicitude da prova quando cumpridas as exigências legais do direito interno brasileiro**. Precedentes [...].

(INQ. 4112, Segunda Turma, Rel. Min. EDSON FACHIN, j. 22/08/2017, DJe 10/11/2017) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6386**).

Nosso comentário: observa-se, na coletânea de decisões reproduzida acima, que o STJ possui compreensão flexível quanto à exigência de tramitação da cooperação jurídica internacional através das autoridades centrais dos países, desde que, nos tratados bilaterais regulando a matéria, haja a previsão de cooperação direta entre as agências investigativas (vide, por exemplo, os acórdãos proferidos nos julgamentos do AREsp 701.833/SP, HC 128.590/PR e do RHC 127.038/MS), bem como sejam observadas as leis do Estado requerido. Por outro lado, quando o detentor da informação demandada for pessoa jurídica com representação no território nacional, o Tribunal tem julgado (RMS 55.109/PR; AgRg no REsp 1.928.705/RS; RHC 67558/RJ; AgRg no AREsp n. 1.604.544/SP) dispensável a cooperação jurídica internacional, de forma que o fornecimento dos dados deve ser feito pela empresa subsidiária no Brasil; no âmbito do STF, há precedente (INQ. 4112/DF) nesse mesmo sentido.

Compilação e curadoria científica de:
**Anderson Bezerra Lopes e
Eliakin Tatsuo Yokosawa Pires dos Santos**

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidenta: **Marina Pinhão Coelho Araújo**
1.º Vice-Presidente: **Alberto Zacharias Toron**
2.º Vice-Presidente: **Fábio Tofic Simantob**
1.º Secretário: **Bruno Salles Pereira Ribeiro**
2.º Secretário: **Felipe Cardoso Moreira de Oliveira**
3.ª Secretária: **Ester Rufino**
1.º Tesoureiro: **Rafael Serra Oliveira**
2.º Tesoureiro: **Renato Stanzola Vieira**
Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais:
Maria Carolina de Melo Amorim
Leonardo Palazzi
Vinícius Assumpção



CONSELHO CONSULTIVO

Ela Wiecko Volkmer de Castilho
Helena Regina Lobo da Costa
Márcio Gaspar Barandier
Thiago Bottino do Amaral
Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes

OUVIDORA

Cleunice Valentim Bastos Pitombo

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

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

EDITOR-CHEFE: Daniel Zaclis.

EDITORES/AS ASSISTENTES: Anderson Bezerra Lopes, Antonio Carlos Tovo, Adriana Pazini de Barros Lima, Eliakin Pires, Daniel de Resende Salgado, Flavia Chaves Nascimento Brandão Penna, Gessika Christiny Drakoulakis, Nicolau da Rocha Cavalcanti e Thiago Baldani Gomes de Filippo.

EDITORES EXECUTIVOS: Helen Christo e Willians Meneses.

ESTAGIÁRIA: Mabilly Cristina Oliveira dos Anjos.

EXPEDIENTE EDITORIAL: IBCCRIM.

CORPO DE PARECERISTAS DESTE VOLUME:

Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca Pires (PUC – Porto Alegre/RS), André Luiz de Carvalho Matheus (UERJ – Rio de Janeiro/RJ), Brunna Laporte Cazabonnet (PUCRS – Porto Alegre/RS), Bruno Tadeu Palmieri Buonicore (Universidade de Frankfurt – Alemanha), Eduardo Neves Lima Filho (UFPA – Belém/PA), Fernanda Regina Vilares (USP – São Paulo/SP), Fernando Nogueira Martins Júnior (UFMG – Belo Horizonte/MG), Francisco de Assis de França Júnior (Universidade de Coimbra / Portugal), Guilherme Brenner Lucchesi (UFPR – Curitiba/PR), Isabela Albuquerque Mustafa (Universidade de Coimbra – Portugal), Jose Henrique Kaster Franco (Universidade de Salamanca/Espanha), Leonardo Costa de Paula (UFPR – Curitiba/PR), Marcio Guedes Berti (Universidade do Oeste do Paraná – Toledo/PR), Olívia Maria de Almeida (UFRN – Natal/RN), Priscilla Placha Sá (PUCPR – Curitiba/PR), Raphaella Viana Silva Asfora (UFPB – João Pessoa/PB), Sara Vieira Antunes (USP – São Paulo/SP) e Taysa Matos do Amparo (UFBA – Salvador/BA).

AUTORES(AS) DESTE VOLUME:

Alfredo Carlos Gonzaga Falcão Junior (UFPE – Recife/PE), Ana Paula Rodrigues Nalin (UNESP – Franca/SP), André Luiz Pereira Spinieli (UNESP – Franca/SP), Gabriela Ruschel de Lia Pires (Unisinos – São Leopoldo/RS), Gessika Christiny Drakoulakis (USP – São Paulo/SP), Graziela Jurça Fanti (USP – São Paulo/SP), Juliano Keller do Valle (UNIVALI – Itajaí/SC), Lucas Barosi Liotti (Universidade de Coimbra – Portugal), Marcelo Bauer Pertille (UNIVALI – Itajaí/SC), Nadir Mazloum (Escola Paulista da Magistratura – São Paulo/SP), Fernando Alencar Medeiros (Centro de Altos Estudos de Segurança da Polícia Militar – São Paulo/SP), Thais Silveira Pertille (Estácio – São José/SC) e Túlio Felipe Xavier Januário (Universidade de Coimbra – Portugal).

PRODUÇÃO GRÁFICA: Able Digital | Tel.: (11) 97426-3650 | E-mail: contato@abledigital.com.br

CAPA: Avocar Comunicação | Tel.: (11) 3063-3775 | E-mail: jornalismo@avocar.com.br

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

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

BASES DE DADOS INDEXADAS:



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

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

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

SAVE
THE
DATE!

19 A 21
DE OUTUBRO 2022

28°

Seminário Internacional
de Ciências Criminais



Inscrições em breve!

seminario28.ibccrim.org.br



www.IBCCRIM.org.br