



8 | CADERNO DE DOCTRINA

4 | **Pelo abandono da abstração racionalista moderna: por uma fenomenologia decolonial do Processo Penal (Parte I)**

Aury Lopes Jr.
Salah H. Khaled Jr.

8 | **A (in)aplicabilidade da suspensão de prazos em processos penais: garantir férias à advocacia criminal é uma dilação excessiva?**

Bruno Cavalcante Leitão Santos
Francisco de Assis de França Júnior

1 | **Diante de Argos: notas sobre a ilicitude das informações produzidas em atividade de inteligência**

Luiz Eduardo Cani
João Alcantara Nunes

13 | **A colaboração premiada como comportamento positivo pós-delitivo na Execução Penal**

Lucas Andrey Battini

16 | **Uma taxonomia da corrupção: gênero, espécies, subsespécies e modalidades**

Fernando de Carvalho Teixeira

19 | **A teoria cognitiva do dolo e o alargamento do poder de punir**

Thiago Rocha de Rezende

22 | **A supressão da garantia do *Habeas Corpus* no caso *Kíss***

Theuan Carvalho Gomes

25 | **Exame criminológico, Direito Penal de emergência e negacionismo científico: notas críticas sobre projeto de lei 2.213/2021**

Patrick Cacicedo

29 | DIÁLOGOS

29 | **Abolição da prova ilícita: o comparatismo e a desconstitucionalização da prova ilícita**

Ricardo Jacobsen Gloeckner

31 | CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

TEMA: DA PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA, SOB A LENTE DO CRITÉRIO ETÁRIO, NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

31 | Superior Tribunal de Justiça

33 | Supremo Tribunal Federal

33 | Tribunal de Justiça

DEFESA E CRÍTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem papel fundamental no funcionamento do Estado Democrático de Direito, o que exige uma qualificada autoridade e traz imensa responsabilidade. Só uma Corte Constitucional respeitada está apta a defender os direitos e garantias fundamentais e, ao mesmo tempo, transformar os conflitos sociais. Eis o grande desafio do STF: prover uma defesa efetiva da Constituição, com decisões corajosas – sem permitir que pressões da política e da opinião pública interfiram no seu exercício jurisdicional, fundamentadas em profunda técnica –, aptas a serem acolhidas e respeitadas mesmo por quem não concorde com elas.

Própria da dimensão contramajoritária do Judiciário, essa tensão está especialmente presente nas questões penais e processuais penais. O devido processo legal, o direito de defesa e efetivo contraditório, a garantia da presunção de inocência e tantas outras disposições constitucionais sofrem significativa resistência. As tentativas de impedir seu pleno rendimento, como se fossem obstáculos à paz social e à moralidade pública, são constantes. Esse cenário de incompreensão revela a importância de uma Constituição cidadã – fundada na dignidade humana, que não transija com a violência, a discriminação e o preconceito –, bem como de uma Corte constitucional capaz de garantir esses direitos.

Na atualidade, tudo isso ganhou uma nova relevância. O Poder Judiciário – em especial, o STF – é atacado em sua independência e autonomia. Seguidas e insistentes ações concatenadas tentam deslegitimar sua função racional. É preciso defender o Supremo e suas competências constitucionais, sem transigir com ataques e discursos antidemocráticos. Ao mesmo tempo, é essencial preservar o espaço de crítica a respeito das decisões do Judiciário. Respeitar e defender a independência da Justiça não significa aplaudir tudo o que ela produz em seu exercício jurisdicional. A recepção acrítica do trabalho do Supremo e dos tribunais seria prejudicial ao próprio Judiciário e ao Estado Democrático de Direito. Não existe bom funcionamento da Justiça sem crítica.

O STF tem muito a melhorar em seus procedimentos; por exemplo, a quantidade excessiva de decisões monocráticas e o prazo irrazoável para apreciação pelo plenário e pelas turmas dessas decisões. Algumas vezes, decisões judiciais refletem incompreensões a respeito da própria Constituição e representam interferências indevidas sobre competências de outros Poderes; por exemplo, a liminar suspendendo a figura do juiz de garantias. Tudo isso tem reflexo direto no respeito a garantias e direitos fundamentais.

No entanto, essa reflexão crítica deve buscar o aperfeiçoamento da Corte e seu livre funcionamento. Nunca deve ser coação sobre ministros ou atropelamento de suas competências. É controle institucional, dentro do devido processo legal, pelos caminhos previstos na Constituição e na legislação. A garantia do duplo grau de jurisdição é parte essencial do regime democrático.

Por mais equivocada que possa ser, nenhuma decisão judicial é motivo para pedir o fechamento do Supremo ou a redução da autonomia do Judiciário. A crítica deve fortalecer a institucionalidade, e não atacá-la. Em vez de afronta à Justiça, é preciso promover maior rigor técnico e jurídico no trabalho de todos os envolvidos no sistema de Justiça. O aprimoramento da atividade jurisdicional – o que significa, entre outros aspectos, uma mais efetiva defesa da Constituição e dos direitos e garantias fundamentais – demanda um tratamento mais científico dos casos analisados. A profundidade na análise dos temas, o respeito à racionalidade, a abertura à interdisciplinaridade e tantas outras exigências de um trabalho efetivamente científico, tudo isso propicia decisões mais adequadas e equilibradas, mais acessíveis à compreensão, mais capazes de suscitar adesão e respeito. Nessa seara, junto a outras instituições e pessoas, o IBCCRIM tem a missão de contribuir para o aprimoramento técnico-científico das decisões judiciais, por meio do estudo, pesquisa e reflexão sobre as Ciências Criminais.

Poucas vezes na história o STF foi tão atacado, o que traz tensões não apenas sobre a independência da Justiça, mas sobre o próprio funcionamento do Estado Democrático de Direito. É preciso defender, sem cansaço, o Judiciário. Mas essa defesa institucional é também atividade crítica. Uma crítica que é, às vezes, contundente e dura, mas sempre é diálogo, sempre é respeito ao interlocutor, sempre é compromisso com o livre exercício jurisdicional.

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

BOLETIM

4. **Pelo abandono da abstração racionalista moderna: por uma fenomenologia decolonial do Processo Penal (Parte I)**
Aury Lopes Jr. e Salah H. Khaled Jr.
8. **A (in)aplicabilidade da suspensão de prazos em processos penais: garantir férias à advocacia criminal é uma dilação excessiva?**
Bruno Cavalcante Leitão Santos e Francisco de Assis de França Júnior
11. **Diante de Argos: notas sobre a ilicitude das informações produzidas em atividade de inteligência**
Luiz Eduardo Cani e João Alcantara Nunes
13. **A colaboração premiada como comportamento positivo pós-delitivo na Execução Penal**
Lucas Andrey Battini
16. **Uma taxonomia da corrupção: gênero, espécies, subespécies e modalidades**
Fernando de Carvalho Teixeira
19. **A teoria cognitiva do dolo e o alargamento do poder de punir**
Thiago Rocha de Rezende
22. **A supressão da garantia do *Habeas Corpus* no caso *Kiss***
Theuan Carvalho Gomes
25. **Exame criminológico, Direito Penal de emergência e negacionismo científico: notas críticas sobre o projeto de lei 2.213/2021**
Patrick Cacicedo
29. **DIÁLOGOS**
Abolição da prova ilícita: o comparatismo e a desconstitucionalização da prova ilícita
Ricardo Jacobsen Gloeckner
32. **CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA**
Tema: Da presunção absoluta de violência, sob a lente do critério etário, no crime de estupro de vulnerável
31. **Superior Tribunal de Justiça**
33. **Supremo Tribunal Federal**
33. **Tribunal de Justiça**

PELO ABANDONO DA ABSTRAÇÃO RACIONALISTA MODERNA: POR UMA FENOMENOLOGIA DECOLONIAL DO PROCESSO PENAL (PARTE 1)

FOR THE ABANDONMENT OF MODERN RATIONALIST ABSTRACTION:
FOR A DECOLONIAL PHENOMENOLOGY OF CRIMINAL PROCEDURE (PART 1)

Aury Lopes Jr.

Doutor em Direito Processual Penal (Universidad Complutense de Madrid, 1999). Professor titular da Faculdade de Direito da PUC-RS e professor permanente do PPG em Ciências Criminais da PUC-RS. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4629371641091359>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7489-3353>

aurylopes@terra.com.br

Salah H. Khaled Jr.

Doutor em Ciências Criminais (PUCRS). Professor associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG) e professor permanente do PPG em Direito e Justiça Social da FURG.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6155872393221444>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4918-1060>

salah.khaledjr@gmail.com

Resumo: Este texto propõe uma abordagem decolonial e fenomenológica do Processo Penal, representando um esforço inicial de releitura e desconstrução dos fundamentos processuais penais contemporâneos assentados na modernidade/colonialidade, compreendidos como facilitadores de violências e práticas punitivas autoritárias. No curso da exposição, os argumentos são desenvolvidos de forma a integrar a emergente perspectiva decolonial, aqui representada por autores como **Quijano**, **Vazquez**, **Maldonado-Torres** e **Mignolo**, com a tradição fenomenológica do Processo Penal que remete a **Goldschmidt**, bem como a outras leituras que contestam as bases da razão moderna abstrata e violenta, que perpetua, ainda que de forma velada, a ambição de verdade inquisitorial.

Palavras-chave: Decolonialidade – Colonialidade – Modernidade – Processo Penal – Fenomenologia.

Abstract: This paper proposes a decolonial and phenomenological approach to criminal proceedings, representing an initial effort to reread and deconstruct contemporary criminal procedural foundations committed to modernity/coloniality, understood as facilitators of violence and authoritarian punitive practices. During the exposition, the arguments seek to integrate the emerging decolonial perspective, represented here by authors such as **Quijano**, **Vazquez**, **Maldonado-Torres** and **Mignolo**, with the phenomenological tradition of criminal proceedings that refers to **Goldschmidt**, as well as other readings, that contest the foundations of abstract and violent modern reason, which perpetuates, albeit in a veiled way, the inquisitorial ambition of truth.

Keywords: Decoloniality – Coloniality – Modernity – Criminal Proceedings – Phenomenology.

1. Introdução

Nas últimas décadas, o debate sobre o colonialismo, a colonialidade e a perspectiva decolonial assumiu centralidade nas ciências humanas latino-americanas. Existe uma consciência crescente sobre o quanto é importante repensar a recepção e reprodução acrítica de teorias produzidas em outros contextos históricos e geográficos, fundamentalmente distintos da realidade periférica de quem se encontra na margem. Tais teorias capacitam práticas violentas, destrutivas e discriminatórias, legitimadas por uma retórica racionalista, abstrata e desvinculada da realidade de sofrimento vivenciada pelos povos latino-americanos, particularmente por aqueles que experimentam as violências perpetradas por sistemas que subalternizam categorias inteiras de pessoas com base em critérios de gênero, orientação sexual, etnia e raça, que remetem à modernidade.

Sem sombra de dúvida, este debate é pertinente para as Ciências Criminais. Pode ser dito inclusive que ele já se fez presente de forma precursora no Direito Penal e na Criminologia pensada desde a margem, com **Eugenio Raúl Zaffaroni** e **Lola Aniyar de Castro**, respectivamente com o "realismo marginal" e a "criminologia da libertação", por exemplo. De modo geral, a perspectiva decolonial

já foi introduzida de forma significativa no Direito, mas permanece pouco explorada no campo processual penal, para a qual é de extraordinária importância.

Todo conhecimento é datado, ou seja, é produto de um conjunto de interesses fortemente localizados e historicamente situados, inclusive politicamente, motivo pelo qual é necessário um escrutínio constante sobre os efeitos resultantes da adoção e reprodução de premissas potencialmente violentas, particularmente em uma área tão sensível quanto o Direito Processual Penal. Poucas áreas do saber têm uma capacidade tão grande para produzir um discurso que, inadvertidamente ou não, legitima práticas autoritárias de imposição de dor e sofrimento.

A "razão moderna" ainda conforma o postulado orientador e fundante de uma parcela significativa da literatura processual penal, que continua a reproduzir as premissas violentas de subalternização da colonialidade. Nesse sentido, não se trata somente de uma reprodução de categorias oriundas de sistemas repressivos inquisitoriais e fascistas, mas fundamentalmente, de uma conexão muitas vezes não explicitada entre razão moderna e colonialidade, enquanto expressão de domínio sobre o outro. A colonialidade é a faceta sombria e destrutiva da modernidade, legitimada pela retórica

abstrata e racionalista que oculta o exercício autoritário de poder que lhe é constitutivo e que deve ser confrontado para que outros mundos se tornem possíveis.

As epistemologias processuais contemporâneas alicerçadas na razão moderna ainda estão impregnadas de colonialidade. Tais teorias propõem um afastamento completo das vívidas realidades de risco, incerteza e conflito que são constitutivas da experiência concreta do Processo Penal, propondo sistemas abstratos e simplificadores que não conseguem se desvencilhar de sua gênese violenta. Ao reproduzir premissas que estiveram à serviço do colonialismo e, portanto, a propósitos de domínio, elas ainda conformam um repertório de veias abertas para práticas punitivas autoritárias.

Nesse sentido, este texto é um manifesto politicamente comprometido. Pelo abandono da abstração racionalista moderna: por uma fenomenologia decolonial do Processo Penal.

2. Modernidade, colonialidade, colonização e decolonização do Processo Penal

Inicialmente, é preciso definir o que representa a decolonialidade enquanto matriz compreensiva oriunda da realidade periférica e projeto político para ela. Em apertada síntese, pode ser dito que a decolonialidade é uma perspectiva de resistência e desconstrução da modernidade e das hierarquias de superioridade e inferioridade por ela estabelecidas. Nesse sentido, seu escopo não se esgota no colonialismo em termos de domínio e reorganização do espaço segundo perspectivas eurocêntricas, mas sim compreende a colonialidade (QUIJANO, 1992) fundada na cisão cartesiana, da qual se extraem conceitos que subalternizam categorias inteiras de pessoas e seres, com base em dicotomias opressoras: razão (homem) x emoção (mulher); razão (branca) x irracionalidade (nativa, negra e indígena, por exemplo); razão (homem) x irracionalidade (animal), o que legitima o patriarcalismo, o racismo, o heterossexismo, o imperialismo, o antropocentrismo e também o epistemicídio (SANTOS, 2014), no sentido de que modelos compreensivos que se diferenciam da matriz moderna eurocêntrica devem ser silenciados e apagados da história pelo pensamento único, compreendido como única leitura racional e, logo, verdadeira, do mundo. No entanto, como **Dussel** (1995) pontuou, a filosofia europeia não é universal.

Desse modo, o termo colonialidade indica a permanência de padrões de exercício de poder de longa duração, que permanecem em jogo em diferentes avenidas contemporâneas, envolvendo, dentre outras, relações étnico-raciais, questões de gênero e orientação sexual, bem como diferentes epistemes ou formas de conhecimento. A perspectiva decolonial considera que a colonialidade é constitutiva e enraizada, conformando um movimento de silenciamento, apagamento e negação, que estabeleceu e ainda sustenta a modernidade e as suas estruturas violentas (VAZQUEZ, 2017). A modernidade é indissociável da colonialidade, que é “a lógica subjacente da fundação e do desenvolvimento da civilização Ocidental” (MIGNOLO, 2011, p. 2).

Portanto, a perspectiva decolonial está comprometida com premissas que contestam, denunciam, resistem e visam transformar padrões enraizados de exercício autoritário de poder, cujas trajetórias e efeitos permanecem em curso na atual quadra histórica (MALDONADO-TORRES, 2007; QUIJANO, 1992).

Para efeito da presente análise, é importante enfatizar que o que denota o pertencimento de uma dada matriz compreensiva à colonialidade é a sua reprodução de premissas racionais, abstratas e potencialmente violentas da modernidade. Assim, uma teoria produzida no que já foi definido como Norte Global pode estar

alicerçada na pluriversalidade, enquanto uma teoria produzida no Sul Global pode, diferentemente, reproduzir violentas premissas modernas universalizantes e, logo, ser objeto de uma contestação e de uma desconstrução decolonial, como a que é proposta aqui.

Para autores como **Dussel** e **Vazquez**, não é com o “Iluminismo” que nasce a modernidade, mas com a conquista das “Américas”, que se inicia no final do século XV, sustentada por uma missão “civilizatória” e pela “cristianização” que colocaram sob o domínio da racionalidade europeia branca um conjunto de populações “irracionais” colonizadas e escravizadas.

No entanto, para efeito de uma compreensão histórica da constituição da colonialidade no campo processual penal, existe um precedente que é ainda mais significativo: o esquadrinhamento da realidade em nome da erradicação da diferença, movido inicialmente pela Inquisição no século XIII. Nos séculos seguintes, o poder punitivo inquisitorial veio a recair de forma quase genocida sobre expressões religiosas dissidentes e, posteriormente, sobre mulheres acusadas de feitiçaria, para enfim se tornar, na pré-modernidade, a prática comum na jurisdição laica e eclesiástica que acompanhou a revolução mercantil e o colonialismo e assegurou a “superioridade” do inquisidor frente ao “herege” e ao “criminoso” (ZAFFARONI, 2007, p. 39). O sistema inquisitório efetivamente reintroduziu a *cognitio*, o aparato processual penal do inimigo da Roma Antiga e estruturou um ritual em que o sujeito do conhecimento confronta um corpo objetificado, do qual deve ser arrancada uma “verdade”, que confirma o que desde o princípio o inquisidor elegeu como “verdade”. Em um sistema assim configurado, prospera o primado das hipóteses sobre os fatos (CORDERO, 1986, p. 51), assim como a ambição de verdade (KHALED JR., 2021).

Uma perspectiva decolonial evidencia o fato de que a razão moderna não rompeu com a sistemática de anulação, subalternização e objetificação do outro que era subjacente ao engenho inquisitório. Pelo contrário. Ela veio a velar e a constituir várias formas de exercício autoritário de poder colonial europeu, com base em critérios de racionalidade e cientificidade amparados nas emergentes ciências naturais. Com o advento do pensamento científico moderno no século XVII, desponta a ciência como campo privilegiado para a revelação da verdade segundo o modelo galilaico-newtoniano, que fundou a matriz mais relevante da tradição ocidental moderna. Foi sob a chancela desse paradigma científico que a “verdade” encontrou nova fundamentação para amparar-se na ideia de adequação entre a coisa e o juízo do sujeito racional, proposta por Descartes, surgindo uma ambição de “[...] comprovação de uma nova verdade, precisamente a que é ditada pela ciência” (GAUER, 2004, p. 1). As premissas que complementam e demarcam o conhecimento científico e que serviram como pressupostos para o Direito estão estruturadas na experimentação, objetividade, neutralidade e generalização. Enquanto a experimentação trouxe a primazia da técnica, a objetividade sustentou o discurso da neutralidade do cientista, assim como a do juiz (GAUER, 2006, p. 9).

O método seria, assim, o caminho para a verdade, que decorreria da assunção de uma onipotência: a essência do objeto seria conquistada pelo sujeito do conhecimento, de modo que a ciência moderna, com base na filosofia da consciência cartesiana, desfigurou o fenômeno da compreensão (GADAMER, 1992, p. 184). O esquema sujeito-objeto foi incorporado ao Processo Penal em construtos simplificadores e abstratos de “busca” da verdade por correspondência (KHALED JR., 2022), de modo que existe uma imbricação entre o sistema inquisitório e a filosofia da consciência (COUTINHO, 2018, p. 123; STRECK, 2010, p. 13; 32).

Tais critérios ainda orientam a produção de conhecimento processual penal e a produção da "verdade" no Processo Penal, demonstrando, mais uma vez, como a colonialidade sobreviveu ao ocaso do colonialismo. Os pilares da colonialidade ainda são reafirmados e reproduzidos em artigos e livros científicos, bem como conformam um critério para reconhecimento de excelência acadêmica entre pares, de orientação para políticas-criminais e migratórias e para a elaboração de legislação penal e processual penal. Ela está inscrita em nossas formas de pensar, sentir, representar, perceber, conhecer e estar no mundo e molda não só a nossa experiência subjetiva, como um conjunto de práticas circunscritas aos seus parâmetros, o que é visível nas práticas punitivas e nos discursos que as legitimam.

Ao denunciar essa complexa rede estrutural e fundante, a perspectiva decolonial explicita as diferentes formas de opressão, dano e epistemicídio que fazem parte dela. Nesse sentido, a "inferioridade" do criminoso e do colonizado legitimaram, respectivamente, o poder punitivo e o neocolonialismo, no século XIX (ZAFFARONI, 2013, p. 76). O pensamento político moderno construiu a ideia do criminoso como inimigo do corpo social que não vive de acordo com a regra da razão (LOCKE, 1998, p. 386), princípio que também pode ser encontrado em autores como **Rousseau, Fichte e Kant** e que de diferentes formas contrapõe a "sociedade civil" e seus "inimigos", conformando prenúncios para teorias de "defesa social" como a de **Ferri**, que incorporou em sua criminologia positivista a noção racista generalizada associada à antropologia colonial de que os nativos eram cerebralmente imaturos, intelectualmente inferiores, impulsivos e, portanto, propensos ao crime. Com sua "tradução" de **Lombroso, Nina Rodrigues** esboçou um modelo de controle racial que definiu a negritude como "inferior" propondo um paradigma de "criminalidade nata" que fundou um estoque de imagens lombrosianas da periculosidade negra que ainda orienta parcela significativa da atuação policial seletiva no Brasil e que sem dúvida é relevante para a sorte dos acusados no processo (GÓES, 2016).

Mas o esquema sujeito-objeto e a construção do inimigo são apenas uma parte da história que funda a colonialidade e que conforma um aspecto do legado epistemológico violento da modernidade para o Processo Penal. Para efeito de uma decolonização do Processo Penal, existem outras instâncias de inserção de colonialidade que também devem ser levadas em consideração.

A primeira delas é de caráter legislativo. Com a implementação na França do sistema "misto" de Processo Penal pelo *Code d'instruction criminelle* de 1808, de Napoleão, ocorreu uma "restauração inquisitória" que sepultou o sistema acusatório introduzido após a revolução francesa. Esse é o sistema processual penal recepcionado pela legislação pátria no Código de Processo Penal de 1941, que incorpora os subsídios político-criminais persecutórios do Processo Penal fascista italiano, reproduzindo os postulados de Manzini (GLOECKNER, 2020). Na exposição de motivos do CPP, **Francisco Campos** refere ser injustificável a primazia de pseudodireitos

individuais em prejuízo do bem comum, reproduzindo o argumento presente no Manual dos Inquisidores de que o bem comum deve estar acima de quaisquer outras considerações sobre a caridade visando o bem de um indivíduo (EYMERICH, 1993, p. 122).

A segunda diz respeito aos horizontes compreensivos que, no Brasil, viriam a conformar duas interpretações distintas e divergentes sobre o Processo Penal, que ainda estão em questão na atual quadra histórica. Uma delas acena com um sopro de esperança fenomenológico passível de refundação decolonial. A outra, diferentemente, encontra-se comprometida com os postulados abstratos e violentos da colonialidade moderna.

3. A fenomenologia do Processo Penal e a colonização do Processo Penal pela colonialidade moderna

Fenomenologia soa como uma palavra sofisticada e de difícil compreensão. Em apertada síntese, pode ser dito que ela remete a uma tradição filosófica significativa, cuja maior virtude consiste no engajamento com a experiência vivida e no abandono da abstração que é constitutiva da modernidade/colonialidade. Enquanto a razão moderna funda uma perspectiva que legitima o exercício de poder autoritário em diferentes campos, a fenomenologia está comprometida com o encontro e a compreensão da realidade que pretende retratar. Para efeito da presente proposta, uma "leitura fenomenológica" será utilizada com a intenção de descrever de modo rico e denso as experiências do "mundo vivido" e, em especial, as singularidades da realidade situada do Processo Penal, enfatizando o risco que lhe é inerente e, portanto, o perigo

que representa a abstração racionalista dogmática, especialmente no que diz respeito ao conceito de verdade e à ideologia de "busca da verdade" que legitima a interferência do juiz na gestão da prova.

Um olhar fenomenológico exige uma atenção especial para o que efetivamente ocorre no processo, de modo a produzir uma descrição detalhada de seus limites, peculiaridades e riscos. Ele é, por definição, decolonial no sentido de que se contrapõe ao reducionismo simplificador, abstrato e silenciador de violências da episteme moderna fundada na filosofia da consciência.

Não se trata de uma proposta inteiramente inovadora e sim de uma ampliação e de um refinamento de uma das mais lúcidas interpretações sobre as duras realidades do Processo Penal. Nas primeiras décadas do século XX, **James Goldschmidt** (2010) desenvolveu uma concepção de processo como conjunto de "situações jurídicas" em constante fluxo e movimento. O autor foi criticado devido à suposição equivocada de que a sua teoria seria "sociológica" e não "jurídica". Incompreendido inicialmente e posteriormente reconhecido como um "mestre do liberalismo processual", **Goldschmidt** realizou o que possivelmente foi o primeiro esforço de compreensão fenomenológica do Processo Penal. Deixando de lado a abstração típica das teorias de seu tempo, **Goldschmidt** atentou para o que o processo efetivamente é, não

"ENQUANTO A RAZÃO MODERNA FUNDA UMA PERSPECTIVA QUE LEGITIMA O EXERCÍCIO DE PODER AUTORITÁRIO EM DIFERENTES CAMPOS, A FENOMENOLOGIA ESTÁ COMPROMETIDA COM O ENCONTRO E A COMPREENSÃO DA REALIDADE QUE PRETENDE RETRATAR."

para aquilo que outros sustentavam que ele seria ou deveria ser. O autor ousou pensar para além do já pensado, propondo uma releitura do Processo Penal na qual a vívida realidade triunfou sobre a abstração dogmática que então era dominante. Para ele, o processo é dinâmico e se encontra em constante movimento, tensão e transformação. É marcado pela incerteza e pelo risco, o que visibiliza o quanto é necessária a ênfase nas regras do devido Processo Penal, devendo ser essa a sua opção política.

Ao desenvolver seu esforço compreensivo fenomenológico, **Goldschmidt** especificamente apontou o equívoco da visão “estática” de **Bülow**, bem como as equivocadas consequências político-criminais da noção de “segurança jurídica” por ela aludida. A leitura de **Goldschmidt** também representa um contraponto significativo ao arbítrio inquisitorial, pois não se limita a explicitar o risco, indicando que a posição do juiz deve ser exclusivamente receptiva. Ao compreender e elucidar a dinâmica instável do processo, **Goldschmidt** se posicionou intelectualmente de modo favorável a produzir uma concepção político-criminalmente responsável e sensata de Processo Penal, capacitada para conter o arbítrio punitivo. Ela representa uma fundação em torno da qual pode ser erguida uma leitura engajada e comprometida com a defesa de direitos fundamentais, como a que é encontrada em **Lopes Jr.** (2022) e **Khaled Jr.** (2022).

Diferentemente da proposta de **Goldschmidt**, a leitura do processo como “relação jurídica”, de **Bülow**, está fundada na razão moderna e, logo, na abstração. Embora **Bülow** não tenha escrito especificamente sobre o Processo Penal, disse que eventualmente sua teoria poderia lhe ser de alguma valia (1964). Suas ideias podem ser percebidas nas obras de **Wach**, **Chiovenda**, **Carnelutti**, **Calamandrei** e **Liebman**, entre tantos outros. Foi com o processualista italiano **Liebman** que a teoria de **Bülow** veio a ser introduzida e difundida no Brasil, posteriormente vindo a assumir caráter de verdade insuperável, apesar de seu distanciamento da realidade (COUTINHO, 1998, p. 122).

Com relação a essa recepção, pode ser constatada uma espécie diferente de colonialismo. Ela não é circunscrita ao domínio sobre o território, mas sobre um campo de atuação específico, que é o do Processo Penal, objeto de um esforço colonizatório que visa transformá-lo em um apêndice do Processo Civil. O movimento

reproduz os fundamentos da colonialidade não só por estar alicerçado na episteme moderna, mas também no sentido de que consiste na negação, silenciamento e apagamento do outro (o que inclui povos, civilizações e conhecimentos) de forma concomitante com uma ocultação dessa negação, mediante uma narrativa universalizante e racionalizadora, típica de práticas de epistemicídio. Desse modo, a dinâmica da colonialidade é fortemente visível na teoria geral do processo, tão difundida no Brasil pela escola paulista de Direito Processual.

Mas o reducionismo e a simplificação teórica do Processo Penal não se restringem a **Bülow** e às diferentes teorias que foram construídas com base em sua perspectiva. De modo contemporâneo, esforços teóricos simplificadores procuram racionalizar o Processo Penal por meio de abstrações racionalistas totalizantes, que resultam em construtos artificiais e epistemologicamente estéreis, que esvaziam de significado as realidades complexas da experiência efetivamente vivida do e no Processo Penal, reproduzindo a colonialidade e os pressupostos oriundos do Processo Civil, que desconsideram a complexa fenomenologia do Processo Penal (LOPES JR., 2022, p. 163).

Por um lado, tendo sido criada a abstração racionalista fundada na colonialidade da epistemologia moderna, os processualistas passam a se dedicar ao seu estudo e a sua inserção em sistemas mais amplos e ainda mais afastados da realidade específica do Processo Penal; por outro lado, tais abstrações epistemológicas são facilmente cooptáveis para os piores propósitos imagináveis, facilitando um alargamento do arbítrio punitivo que demonstra que o pensamento simplificador não é apenas conhecimento rudimentar – ele produz dor e sofrimento real (MORIN, 2005, p. 83).

Na segunda parte deste texto, será desenvolvida uma desconstrução e contestação decolonial das teorias contemporâneas assentadas nos postulados da modernidade, bem como será delineada, de modo inicial, uma fenomenologia decolonial do Processo Penal, comprometida com a compreensão dos seus múltiplos significados e com o desenvolvimento de conceitos capacitados para a contenção do arbítrio punitivo.

Afinal, como escreveu **Quijano** (1992, p. 20), a libertação da prisão da colonialidade significa a libertação de todo poder organizado como desigualdade, discriminação, exploração e dominação.

Referências

- BÜLOW, Oskar Von. *La teoría das excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964.
- CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1998.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (Org.). *Observações sobre os sistemas processuais penais*: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.
- DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão*. São Paulo: Paulus, 1995.
- EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método II*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1992.
- GÓES, Luciano. *A “tradução” de Lombroso na obra de Nina Rodrigues*: o racismo como base estruturante da Criminologia Brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2016.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2020.
- GAUER, Ruth Maria Chittó. A ilusão totalizadora e a violência da fragmentação. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (coord.). *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- GAUER, Ruth M. Chittó. Conhecimento e aceleração (mito, verdade, tempo). In: GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). *A qualidade do tempo*: para além das experiências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. In: GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso I: problemas fundamentales del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- KHALED JR., Salah H. *Ambição de verdade no processo penal*: uma introdução. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal*: para além da ambição inquisitorial. Belo Horizonte: Letramento, 2022.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2022.
- MALDONADO-TORRES, Nelson. On the coloniality of being: contributions to the development of a concept. *Cultural Studies*, v. 21, n. 2-3, p. 240-270, 2007.
- MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Porto Alegre: Sulina, 2005.
- MIGNOLO, Walter. *The darker side of western modernity*: global futures, decolonial options. Durham, NC: Duke University Press, 2011.
- QUIJANO, Anibal. Colonialidad, modernidad/racionalidad. *Peru Indígena*, v. 13, n. 29, p. 11-20, 1992.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Epistemologies of the south*: justice against epistemicide. New York: Routledge, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto*: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- VAZQUEZ, Rolando. Precedence, earth and the Anthropocene: decolonizing design. *Design Philosophy Papers*, v. 15, n. 1, p. 1-15, 2017.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

Autores convidados

A (IN)APLICABILIDADE DA SUSPENSÃO DE PRAZOS EM PROCESSOS PENAIS: GARANTIR FÉRIAS À ADVOCACIA CRIMINAL É UMA DILAÇÃO EXCESSIVA?

THE (IN)APPLICABILITY OF SUSPENSION OF DEADLINES IN CRIMINAL PROCEEDINGS: IS GUARANTEEING VACATION FOR CRIMINAL LAWYERS AN EXCESSIVE DELAY?

Bruno Cavalcante Leitão Santos

Doutor em Direito pela PUCRS. Mestre em Direito Público pela UFAL.
Professor no Centro Universitário Cesmac-AL. Advogado.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9699629460607799>
ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-7556-2348>
brunoleitao.adv@hotmail.com

Francisco de Assis de França Júnior

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra.
Professor no Centro Universitário Cesmac-AL. Advogado
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2739102277898461>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6958-920X>
francajuniorDireito@gmail.com

Resumo: O presente artigo tem como objetivos principais diagnosticar e refletir criticamente sobre os argumentos mais significativos no debate sobre a (in)aplicabilidade da suspensão dos prazos nos processos penais, experimentando-se como hipótese central a necessidade de se respeitar o período entre 20 de dezembro e 20 de janeiro como lapso de tempo também insuscetível de escoamento de prazo processual penal em qualquer circunstância. A problemática proposta, que questiona o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça – STJ, vai se desenvolver a partir do método hipotético-dedutivo e da técnica da revisão de literatura, com o que se concluirá que as soluções apresentadas, tanto pela jurisprudência quanto pelo legislador (vide o novo art. 798-A do Código de Processo Penal), não são as mais coerentes.

Palavras-chave: Processo Civil – Processo Penal – Prazos – Suspensão – Prorrogação.

Abstract: The main objective of this article is to diagnose and critically reflect on the most significant arguments in the debate on the (in)applicability of the suspension of deadlines in criminal proceedings, experiencing as a central hypothesis the need to respect the period between December 20 and January 20 as a period of time also insusceptible to the execution of the criminal procedural deadline under any circumstances. The proposed problem, which questions the position of the Superior Court of Justice - STJ, will be developed from the hypothetical-deductive method and the technique of literature review, with which it will be concluded that the solutions presented, both by jurisprudence and by the legislator (see the new article 798-A of the Criminal Procedure Code), are not the most coherent.

Keywords: Civil Procedure – Criminal Proceedings – Deadlines – Suspension – Extension.

1. Introdução

Não seria exagero se disséssemos que o Processo Penal é um instrumento que – dentre outras coisas – está destinado a administrar o tempo a ser percorrido entre a suposta infração e a decisão sobre a possibilidade (ou não) de responsabilização do(s) suposto(s) autor(es). Um dos grandes problemas da processualística, no entanto, tem sido identificar com algum grau de segurança uma delimitação temporal encarada como razoável entre uma coisa e outra, como, aliás, é garantia da própria Constituição de 1988 (art. 5º, LXXVIII).¹ O fato é que, razoabilidade é critério aberto,² passível de ser instrumentalizado até para expandir o poder punitivo.

Demonstrada, portanto, a importância do tema da gestão do tempo no processo, sobretudo, dado seu caráter de condição para que se consiga provocar legitimamente a jurisdição na busca pelo respeito a direitos e garantias fundamentais – deixando-se consignado desde já que não advogamos a possibilidade de uma teoria geral do processo, com o Processo Penal incluso, para o que entendemos como suficientes as críticas já conhecidas de **Aury Lopes Jr.**³ –, a problemática a ser enfrentada aqui é a possibilidade (ou não) de aplicação da previsão do art. 220 do Código de Processo Civil – CPC,⁴ diante da previsão do art. 798 do Código de Processo Penal – CPP,⁵ no que se questiona: a solução apresentada atualmente pelo STJ⁶ seria aceitável?

Desse modo, com o objetivo de diagnosticar (e de refletir criticamente sobre) os argumentos mais significativos no debate proposto, tendo como hipótese a possibilidade de se respeitar o período entre 20 de dezembro e 20 de janeiro como lapso de tempo também insuscetível de escoamento de prazo processual penal, o enfrentamento da problemática se desenvolverá a partir do método hipotético-dedutivo e da técnica da revisão de literatura, com o que se concluirá que as soluções apresentadas pelo STJ, e as exceções previstas pelo novo art. 798-A do Código de Processo Penal – CPP, não se sustentam como as mais aceitáveis e coerentes.

2. A problemática da (in)aplicabilidade da suspensão de prazos em processos penais

Para **François Ost**,⁷ “«dar tempo» é a condição para «exprimir o direito». E não será pelo facto do tempo ser dado que se (em)presta justiça?”. Segundo o autor, “o tempo é uma instituição social antes de ser um fenómeno físico e uma experiência psíquica”. E conclui:

depende da experiência mais íntima da consciência individual que pode experienciar um minuto de relógio, ora como tempo interminável, ora como como instante fulgurante. [...] o tempo é antes do mais uma construção social [...], uma questão de poder, uma exigência ética e um objecto jurídico.⁸

Assim, o tempo é circunstância relativa, não capturada pelo jurídico.⁹

Como o tempo, o processo também terá sua relatividade, sobretudo quando se pretender conter o poder. **Aury Lopes Jr.**,¹⁰ por exemplo, reconhece que “o sistema penal (material e processual) não pode ser objeto de uma análise estritamente jurídica, sob pena de ser minimalista, ingênua até”. Para ele, “O processo penal não está em um compartimento estanque, imune aos movimentos sociais, políticos e econômicos”. Segundo o autor, “o processo, enquanto instrumento, exige uma abordagem interdisciplinar, a partir do caleidoscópio, isto é, devemos visualizá-lo desde vários pontos e recorrendo a diferentes campos do saber”.

Claro, portanto, que as previsões legais não são absolutas, nem incomunicáveis umas com as outras; deve-se recordar que, quando da elaboração do CPC, uma das demandas da advocacia era justamente pelo reconhecimento de um período de recesso que prestigiasse o Direito Constitucional (art. 7º, XV e XVII) ao descanso,¹¹ sem preocupações com prazos.

Daí porque não seria possível o desprezo a críticas diante da paralização, sem ressalvas, do escoamento dos prazos processuais, que tem beneficiado civilistas, previdenciaristas, trabalhistas etc., mas não os criminalistas, sob o argumento de que, nesses casos, deveria imperar o art. 798 do CPP. Mesmo com a vigência do art. 798-A do CPP, diante das exceções previstas, a discussão persiste, uma vez que o dispositivo privilegia apenas alguns criminalistas.

Nesse contexto, aliás, a seccional da OAB de Pernambuco havia ingressado com uma Reclamação (00068866-92.2016.2.00.02000) no Conselho Nacional de Justiça – CNJ, argumentando que “a tramitação apenas dos processos criminais nesse período, implicaria em convocar para atuação tão-somente os advogados criminalistas”, o que retiraria desses profissionais “prerrogativas”, que foram asseguradas aos que atuam nas outras áreas da advocacia, ferindo “violentamente o princípio da isonomia”, o que foi negado pelo CNJ.¹²

Note-se o art. 3º da Resolução 244/2016 do CNJ: “Será suspensa a contagem dos prazos processuais em todos os órgãos do Poder Judiciário, inclusive da União, entre 20 de dezembro a 20 de janeiro”.

Entretanto, o STJ tem argumentado que o “recesso judiciário e o período de férias coletivas, em matéria processual penal, têm como efeito, em relação aos prazos vencidos no seu curso, a mera prorrogação do vencimento para o primeiro dia útil subsequente ao seu término, não havendo interrupção ou suspensão”.¹³ Mas o que seria esse recesso? Os dos tribunais, que normalmente voltam na primeira semana de janeiro, ou aquele dos arts. 220 do CPC e 798-A, *caput*, do CPP?

Humberto Theodoro Júnior, por exemplo, conclui que o período determinado pelo art. 220 do CPC seria “um recesso especial cujo efeito, sobre os prazos, é o mesmo das férias forenses coletivas, como já vinha reconhecendo o CNJ, para outros recessos como o da Justiça Federal, antes do advento do Código atual (Resolução nº 8/2005 do CNJ)”.¹⁴ Mas o autor adverte: “O prazo decadencial continua fluindo durante as férias, mas o vencimento ficará protelada para o primeiro dia útil subsequente ao término das férias (NCPC, art. 975, § 1º)”, o que nos faz perceber que o STJ parece ter se utilizado da conclusão a respeito dos prazos decadenciais, assim considerados nos processos civis, para aplicá-la aos processos penais, quando determina a “prorrogação do vencimento para o primeiro dia útil subsequente” ao término do recesso.

O fato é que a solução encontrada pelo STJ até teria uma certa lógica no mundo analógico, em que se exigiria que os profissionais se deslocassem até as varas para protocolarem suas petições, e que os servidores lhes dessem impulso. Atualmente, o sistema da justiça¹⁵ realiza esse impulsionamento quando programado. A possibilidade

de um protocolo não está submetida, portanto, a um expediente previamente determinando.¹⁶ Os profissionais não estão impedidos, onde há processos virtuais ou digitalizados, de protocolar petições durante o recesso.

Dessa maneira, o recesso, tanto do art. 220 do CPC quanto do art. 798-A do CPP, embora não coincida perfeitamente com o dos tribunais, que geralmente retornam suas atividades na primeira semana de janeiro, não foi determinado pelo legislador por conta do não funcionamento do judiciário em sua plenitude, mas pela necessidade de se respeitar um mínimo de descanso para a advocacia, o que se reforça pelo determinado, como regra, pelo art. 133 da Constituição, de que “O advogado é indispensável à administração da justiça”.

Como observado por **Daniel Blume Pereira de Almeida**,¹⁷ “No período de que cuida o art. 220 do CPC [...] Não há sessões e audiências. Em muitos tribunais o expediente é reduzido”, advertindo-se que “sutilezas da lei nunca devem servir para impedir o exercício de um direito”.

Perceba-se que, para grande parte dos criminalistas, mantém-se o entendimento do STJ, sendo inócua a determinação do *caput* do art. 798-A do CPP em razão das exceções que previu:

Art. 798-A. Suspende-se o curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive, salvo nos seguintes casos:

- I - que envolvam réus presos, nos processos vinculados a essas prisões;
- II - nos procedimentos regidos pela Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha);
- III - nas medidas consideradas urgentes, mediante despacho fundamentado do juízo competente.

A previsão legal continua discriminando parte da advocacia criminalista, olhando-se exclusivamente para a situação do réu, o que é um equívoco, uma vez que garantir férias, mínimas que sejam, para toda a advocacia criminalista, é também garantir, dentre outras coisas, que exista tempo suficiente para a maturação da melhor estratégia defensiva possível. Logo, tanto a jurisprudência do STJ (até aqui) quanto a inovação legislativa¹⁸ fazem uma interpretação que é restritiva do direito ao descanso de toda a advocacia criminalista, sem discriminações.

O fato é que, ao menos até a mencionada inovação legislativa, tem se admitido nos tribunais superiores a prorrogação do prazo apenas para depois do recesso do tribunal, ou seja, a aplicação do art. 220 mais funcionaria como uma “aplicação supletiva ou complementar”,¹⁹ dando sentido e coerência ao atual funcionamento do Poder Judiciário, ressaltado pela disparidade temporal que existia entre os diplomas em evidência.

Veja-se que, para o CNJ, o art. 220 do CPC não seria aplicável aos processos penais, tendo em consideração o direito do investigado de uma duração razoável do processo, o que mais nos parece ser uma falácia. Reiteradas vezes, os próprios tribunais têm feito questão de destacar que os prazos nos processuais penais gozam de certa relatividade, como o da prisão cautelar,²⁰ os de duração do processo,²¹ ou os das razões de um recurso ou da denúncia,²² tratando-os como meras irregularidades, sem falar nas dificuldades para o andamento dos processos.²³

Logo, mesmo que se faça uma autocrítica,²⁴ é clara a contribuição do próprio judiciário à perpetuação da doutrina do “não prazo”,²⁵ que permite dilações excessivas. Traria a suspensão dos prazos algum

prejuízo ao Processo Penal com duração razoável? Pensamos que não.

Para **Alberto Silva Franco**,²⁶ a razoabilidade é válida, desde que “não seja determinada por puro arbítrio judicial”. Segundo o autor, para evitar manipulação, “a operação matemática de somar os prazos individuais que compõem o processo, de forma que o resultado seja equivalente ao total máximo de duração do conjunto desses prazos, não poderá ser simplesmente desprezada e substituída pelo critério da razoabilidade”.

Não seriam as férias da advocacia criminalista uma dilação desarrazoada. Em nada prejudicaria o feixe de critérios mencionados por **Guilherme Madeira Dezem** e **Gustavo Octaviano Diniz Junqueira**²⁷ sobre o que deveria ser considerado como duração indevida: “1) complexidade do caso; 2) conduta processual do acusado; 3) conduta das autoridades judiciárias”.

3. Considerações finais

A preocupação com as garantias do investigado deve, em dada medida, estender-se ao seu defensor, que é quem realiza sua defesa técnica em Processo Penal com estrutura acusatória. Garantir um período digno de descanso, sem que tenha que se preocupar com o escoamento de prazos, seria o mínimo, especialmente no que diz respeito ao cuidado com a saúde mental,²⁸ como já reconhecido, sem exceções, para a advocacia civilista, previdenciária, trabalhista, etc.

Por fim, qualquer pretensão de isolamento das normas processuais penais é rompida diante da necessidade de garantir um descanso digno à integralidade da advocacia criminal, que é quem se move em favor do investigado contra a estrutura presente na persecução (polícias, MP, judiciário, etc.). Não à toa, destaca **Amilton Bueno de Carvalho**,²⁹ é o criminalista o “defensor do um contra todos”, o que, por vezes, diz o autor, sofre preconceito dentro da própria profissão.

Notas

- 1 No Dec. n. 678/1992, tanto no art. 7, item 5, quanto no art. 8, item 1; e no Dec. 592/1992, no art. 9, item 3. Sobre o tema, veja-se: LOPES JR., BADARÓ, 2009.
- 2 Sobre a “vagueza de conceitos”, a permitir dilatações indevidas na persecução e uma doutrina do “não prazo”, veja-se: LOPES JR., 2004, p. 73-74.
- 3 Seria um erro “pensar, que podem ser transmitidas e aplicadas no processo penal as categorias do processo civil”, advertindo-se: “O processo civil é o cenário da riqueza (de quem possui), ao passo que no processo penal, cada vez mais, é o processo de quem não tem, do excluído” (LOPES JR., 2019, p. 63 ss).
- 4 Art. 220. Suspende-se o curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive.
- 5 Art. 798. Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado.
- 6 AgRg no AREsp 1612424/MG. Relator Min. Ribeiro Dantas, DJe de 18 de junho de 2020.
- 7 OST, 2001, p. 434.
- 8 OST, 2001, p. 12.
- 9 Perceba-se que, mesmo na física, essa relatividade também tem sido perspectivada (EINSTEIN, 1984).
- 10 LOPES JR., 2016, p. 44-45.
- 11 Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Art. 24° – Toda a pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e as férias periódicas pagas”. Além do Dec. n. 591/1992: “Art. 7 – Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: [...] ii) [...] d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feridos.”
- 12 Disponível na íntegra em: <https://www.conjur.com.br/dl/suspensao-prazos-cpc-nao-aplica.pdf>. Acesso em: 27 mar.2022.
- 13 AgRg no AREsp 1612424/MG, relator Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 18/6/2020).
- 14 THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 264.
- 15 Embora saibamos que alguns estados ainda mantenham varas funcionando com processos físicos, mas que até admitem o protocolo por e-mail.

Referências

- ALMEIDA, Daniel Blume Pereira de. Ensaio sobre a prorrogação dos prazos decadenciais em decorrência das “férias dos advogados” (CPC-2015, Artigo 220). *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 65, n. 480, p. 9-14, out. 2017. Disponível em: <https://esanacional.oab.org.br/Content/Arquivos/artigo-ferias-att-daniel-blume.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). AgRg no AREsp 1612424/MG. Relator Min. Ribeiro Dantas, DJe de 18 de junho de 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/868162596/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-1612424-mg-2019-0327252-2/inteiro-teor-868162604?ref=juris-tabs>. Acesso em: 12.04.2022.
- BRASIL. *Código de Processo Civil*, Lei 13.105, de 16 março de 2015.
- BRASIL. *Informatização do processo judicial*, Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006.
- BRASIL. *Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil*, Lei 8.906, de 4 de julho de 1994.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941.
- DEZEM, Guilherme Madeira; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Prazo para encerramento do procedimento. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 16, n. 188, jul. 2008.
- EINSTEIN, Albert. *Significado da relatividade: como teoria relativística do campo não-simétrico*. 2. ed. Trad. Mario Silva. Coimbra: Armenio Amado, 1984.
- FRANCO, Alberto Silva. Prazo razoável e o Estado Democrático de Direito. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 13, n. 152, p. 7, jul. 2005.
- LOPES JR., Aury. A (de)mora jurisdicional no processo penal: o direito a um processo sem

- 16 Veja-se, por exemplo, a previsão do art. 3º, Parágrafo Único, da Lei 11.419/2006.
- 17 ALMEIDA, 2022, p. 11.
- 18 Publicada no Diário Oficial da União em 03.06.2022, dando conta da entrada em vigência da Lei 14.365/2022, que instituiu o art. 798-A no CPP.
- 19 ZANETI JR., 2016, p. 461.
- 20 Como no caso do Art. 316, Parágrafo Único, do CPP. Informativo: 995 do STF: “A inobservância do prazo nonagesimal [...] não acarreta a revogação automática da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade dos fundamentos”.
- 21 Como nos casos do art. 10 ou do art. 412, ambos do CPP. “A constatação de eventual excesso de prazo para a conclusão de inquérito e até mesmo de processo não é resultado de operação aritmética de soma de prazos.” *Habeas Corpus* n. 659092 - PR (2021/0106973-6). Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&documento_sequencial=142240751®istro_numero=202101069736&peticao_numero=8&publicacao_data=20211213&formato=PDF. Acesso em: 27 mar. 2022.
- 22 AgRg no AREsp 1079.374/PB, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 23/03/2018; No caso da denúncia, veja-se, no mesmo sentido, o *Habeas Corpus* 72.254 - CE.
- 23 “(...) greves de serventários, excesso de trabalho, dificuldade para a apresentação do réu preso a exames ou a audiência, inexistência de data disponível na pauta, entre outras hipóteses” (MOURA; LACAVA, 2009, p. 413).
- 24 “excepcionar a aplicação das Súmulas 21 e 52, sempre que constatada a demora injustificada após estes dois marcos” (MOURA; LACAVA, 2009, p. 413).
- 25 Com “graves dificuldades para o exercício eficaz da resistência processual” (LOPES JR., 2004, p. 69).
- 26 FRANCO, 2005, p. 7.
- 27 DEZEM; JUNQUEIRA, 2008, p. 29.
- 28 Veja-se, por exemplo, a Cartilha da Saúde Mental da Advocacia, elaborada e publicada pela OAB Nacional. Disponível em: <https://www.caasp.org.br/arquivos/cartilha.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2022.
- 29 PENA de Prisão..., 2015.

- dilatações indevidas. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, Ano 4, n. 15, p. 81-85, 2004.
- LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal – introdução crítica*. Lisboa: Rei dos Livros, 2016.
- LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis e LACAVA, Thais Aroca Datcho. A garantia da razoável duração do processo penal e a contribuição do STJ para a sua efetividade. PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- OST, François. *O tempo do Direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
- PENA de Prisão - Um Olhar Crítico-Libertário. Entrevista com Amilton Bueno de Carvalho. [S. l.: Instituto Tolerância], 2015. 1 vídeo (1h15m38s). Disponível em: <https://m.youtube.com/watch?v=RDTiXhWhg>. Acesso em: 28 mar. 2022.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil Anotado*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ZANETI JR., Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes Normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro in *malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR, Fredie; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogério (Coords.). *Processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016.

Autores convidados

DIANTE DE ARGOS: NOTAS SOBRE A ILICITUDE DAS INFORMAÇÕES PRODUZIDAS EM ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA

BEFORE ARGOS: NOTES ON THE UNLAWFUL INFORMATIONS PRODUCED IN INTELLIGENCE ACTIVITIES¹

Luiz Eduardo Cani

Doutorando em Ciências Criminais na PUCRS, bolsista da CAPES.
Professor de Direito Penal na UniAvan. Advogado.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8283452898258709>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4016-5945>
luiz@acaz.law

João Alcantara Nunes

Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS. Advogado.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9452594306041284>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5131-1306>
joao@acaz.law

Resumo: Após o 11 de setembro, o Ocidente passou a introduzir inúmeras medidas consideradas de prevenção da criminalidade, dentre as quais estão a criação de agências e/ou a ampliação de serviços secretos. Tal fato se tornou notório com a publicação de informações sensíveis obtidas de Edward Snowden e publicada no *WikiLeaks* por Julian Assange. Desde então, ocorrem incontáveis tentativas de uso de informações de inteligência na persecução penal. O objetivo, neste artigo, é demonstrar que tais tentativas não têm amparo constitucional no Brasil.

Palavras-chave: Investigação criminal – Inteligência de segurança pública – Prova ilícita.

Abstract: After September 11, the West started to introduce numerous measures considered to prevent crime, among which are the creation of agencies and/or the expansion of secret services. This fact became notorious with the publication of sensitive information obtained from Edward Snowden and published on *WikiLeaks* by Julian Assange. Since then, there have been countless attempts to use intelligence information in criminal prosecution. The aim of this article is to demonstrate that such attempts do not have constitutional support in Brazil.

Keywords: Criminal Investigation – Public Safety Intelligence – Illicit Proof.

1. Introdução

Argos Panoptes é o nome de um personagem da mitologia grega. De acordo com o mito, Argos era um gigante com o corpo coberto de olhos, o que permitia que dormisse com apenas metade dos olhos abertos, mantendo a vigilância constante. Assumindo a posição que se ocupa ao tratar do tema é que se afirmar, sem medo de errar, que se está diante de Argos.

Imprescindível constatar, inicialmente, que as atividades de inteligência são típicas dos serviços de defesa, não de segurança pública. Isso porque visam antecipar ações insurrecionais (atividade de agências de inteligência) e investidas de guerra (atividade de forças armadas).² A posterior incorporação de estratégias de guerra à segurança pública se deve, por um lado, à militarização das forças de segurança, e, por outro, a uma ampliação das estratégias preventivas contra criminosos e terroristas em potência.³ Daí as subdivisões das atividades de inteligência de acordo com as áreas às quais se aplicam (policial, de segurança pública, de defesa, etc.).

Na segurança pública, a inteligência vem sendo utilizada há algum tempo pelas Guardas Municipais e pelas Polícias Militares, nada obstante também sejam utilizadas pelas Polícias Cíveis e pela Polícia Federal. Os motivos são, por um lado, a infundável usurpação de atribuições, e, por outro, o contorno à delimitação das atribuições das polícias judiciárias. Ao realizar atividades de inteligência, as Guardas Municipais e as Polícias Militares efetivamente não usurpam as atribuições das Polícias Cíveis e Federal – nada obstante violem igualmente à Constituição.

Num primeiro olhar, pode parecer que inteligência e investigação são a mesma coisa, ou seja, algo rotineiro das forças de segurança. Mas isso é falso. As atividades de inteligência são realizadas sempre *ante factum*, com o objetivo de obter dados brutos que serão posteriormente convertidos em informações⁴ e, a partir destas, tomar decisões – não raro agindo de maneira a neutralizar uma ação (principal objetivo de todas as atividades de inteligência). A investigação é algo completamente distinto, pois é sempre *post factum*, constitui uma fase da persecução penal e visa obter elementos necessários para formalizar a acusação e requerer medidas cautelares (GIACOMOLLI, 2011, p. 50-51; LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2013, p. 90-91).

É certo que alguns países introduziram oficialmente uma nova fase

na persecução penal, anterior à investigação, de modo a integrar legalmente a inteligência no *iter da persecutio criminis*, como ocorreu com as investigações preparatórias (*inchieste preparatorie*), um procedimento contra o crime organizado, na Itália. Entretanto, além dessa fusão entre atividade preventiva e atividade repressiva alterar a natureza da persecução penal (ORLANDI, 2021, p. 384), tal comistão é inadmissível no ordenamento jurídico brasileiro.

2. Aspectos da Inteligência de Segurança Pública e da Inteligência Policial

Ademais dessa distinção, há que se considerar que o texto do art. 144 da CRFB não deixa margem para algo como a inteligência de segurança pública ou a inteligência policial. Trata-se de limites expressos no texto constitucional, sem qualquer necessidade de recorrer a algum limite textual implícito (CANOTILHO, 1995, p. 1129), e sem possibilidade de inversões ideológicas desses limites tácitos a fim de invocar argumentos punitivistas para defender qualquer suposto limite à impunidade.

Dentre as instituições elencadas e as atribuições assinaladas à segurança pública não se encontra nada a respeito de atividades de inteligência. As referências expressas ao patrulhamento ostensivo (art. 144, §§ 2º, 3º, 5º, da CRFB), à preservação da ordem pública (art. 144, § 5º, da CRFB) e à prevenção do tráfico ilícito de entorpecentes, do contrabando e do descaminho (art. 144, § 1º, II, da CRFB) são insuficientes para que se fale em atividades de inteligência.

A disposição mais vaga trata da prevenção ao tráfico, ao contrabando e ao descaminho pela Polícia Federal. Todavia, não menciona expressamente os modos de execução das atividades de prevenção, o que implica em dizer que, tratando-se de atividade estatal, não se pode interpretar omissões como restrições a direitos fundamentais por meio de práticas não expressamente reconhecidas. Isso porque as atividades estatais, dentre as quais a persecução penal, precisam ser realizadas nos estritos limites da legalidade (art. 5º, II, da CRFB).

O regramento geral da persecução penal está previsto no Código de Processo Penal, cujas exceções e especificações estão previstas na legislação extravagante. Tais disposições complementam, sem inovar, as diretrizes constitucionais relacionadas à investigação e ao processamento de crimes.⁵

As atividades de inteligência, por outro lado, são regidas pelas Leis 9.883/1999 e 13.675/2018. A primeira, institui o Sistema Brasileiro de

Inteligência e cria a Agência Brasileira de Inteligência. A segunda, cria o Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social e institui o Sistema Único de Segurança Pública. Entretanto, a pretexto de disciplinar a organização e o funcionamento da segurança pública nos termos do art. 144, § 7º, da CRFB, a lei mais recente introduziu as atividades de inteligência dentro o rol das atribuições da segurança pública, em nítida tentativa de naturalizar a incorporação das atividades de inteligência no rol das atividades de segurança pública e, desse modo, esboroar as fronteiras entre uma e outra.

Ainda mais problemática é a existência do Conselho de Controle de Atividades Financeiras, instituído no art. 14 da Lei 9.631/1998, cuja redação, desde a versão original, assinala atribuições de recebimento, exame e identificação de ocorrências suspeitas de atividades ilícitas. Trata-se de uma difusão das atividades de inteligência para órgão administrativo sancionador, com potencial de uso posterior na persecução penal, inserindo-se no contexto de ressonância entre administrativização do Direito Penal e penalização do Direito Administrativo ou, o que quer dizer a mesma coisa, de um esboroamento das fronteiras entre Direito Penal e Direito Administrativo. Em qualquer caso, está-se diante do risco de “deslegalização do Direito Penal” (FALAVIGNO, 2021) e também do Processo Penal.

3. O assinalamento de atribuições de Inteligência para Órgãos de Segurança Pública

O assinalamento de atribuições de inteligência para órgãos de segurança pública é nitidamente marcado por inconstitucionalidade material decorrente, por um lado, da usurpação de atribuições das forças de defesa, e, por outro, da introdução de atribuições de guerra em face de cidadãos, no interior do território nacional, em pleno estado de paz. Diversas tentativas semelhantes estão descritas e prescritas na história das ideias penais, dentre as quais a mais conhecida no Brasil talvez seja a cisão entre Direito Penal do inimigo e Direito Penal do cidadão (JAKOBS; MELIÁ, 2009, p. 19-48).

A usurpação de atribuições entre instituições de segurança pública já é parte do cotidiano. Nada obstante tal usurpação, os Tribunais Superiores vêm consolidando a jurisprudência contrária a tal movimento. Por exemplo, a usurpação de atribuições de policiamento ostensivo e repressivo pelas Guardas Municipais é frequentemente declarada ilícita (STJ, HC 561.329 e 667.461; STF, RE 1.281.774). Outro exemplo, quiçá o mais famoso, é o da Operação Satiagraha, na qual oficiais e agentes de inteligência da ABIN auxiliaram a Polícia Federal na utilização de grampos telefônicos, o que resultou na declaração de ilicitude das informações produzidas pelas arapongas (STJ, HC 149.250). Ressalta-se: ainda que fosse admissível o aproveitamento de resultados cognitivos oriundos da coleta e depuração de dados úteis à tomada de decisões, as informações produzidas seriam inúteis se não fossem estruturadas em relatório técnico (STF, HC 512.290).

4. Incorporação da Informações produzidas em Atividade de Inteligência

Note-se que a incorporação de informações produzidas em atividade de inteligência, ademais de desnaturar a investigação em inteligência, dá-se extra autos dos procedimentos investigatórios oficiais e sem a documentação correspondente, o que, no mínimo, caracteriza uma burla ao controle judicial da legalidade dos atos administrativos. Trata-se de uma atividade completamente estranha ao inquérito policial (cujo regramento deve ser aplicado subsidiariamente a qualquer outro procedimento investigatório na condição de regras gerais de investigação) e, conseqüentemente, ilícita.

A ilicitude, é preciso consignar, não é probatória, pois, como se sabe, não é de prova que se trata na fase preliminar, mas de elementos de investigação (LOPES JUNIOR, 2020, p. 405). Se uma investigação não culmina na produção de provas – salvo no caso de produção antecipada –, é certo que a inteligência, que sequer investigação é, não pode, em nenhuma hipótese, produzir provas.

Não é possível saber quais informações foram obtidas pelas forças de segurança e nem por quais meios foram obtidas. Portanto, a persecução penal que se utiliza de informações produzidas em atividades de inteligência é desvinculada da legalidade sem a qual não pode ser admitida. Isso porque a legalidade, pilar de sustentação dos Estados de Direito, é uma dupla garantia para os cidadãos: por um lado, garantia de que não será proibido de fazer algo senão por meio de lei, segundo, garantia de que o Estado só pode agir nos estritos limites da legalidade.

5. Considerações Finais

Ademais, a legalidade, como é cediço, produz imposições de mão dupla: impede os cidadãos de fazer o que for proibido ou limita o agir, ao mesmo tempo, impede que o Estado faça algo não previsto em lei. Desse modo, são desenhados os contornos das liberdades fundamentais.

Conseqüentemente, são ilícitas todas as informações obtidas em atividade de inteligência, seja qual for a modalidade (de segurança pública, policial, de fontes abertas, etc.), para fins de persecução penal, razão pela qual devem ser inadmitidas, desentranhadas e inutilizadas, seguindo-se pela substituição do magistrado que delas conheceu, nos termos do art. 157, § 5º, do CPP.

Por fim, há que se consignar que eventuais propostas de emenda à Constituição para incluir as atividades de inteligência no rol de atribuições de quaisquer das instituições do art. 142 e/ou art. 144, para fins de persecução penal, acarretará em restrição a direitos e garantias individuais, o que é vedado (art. 60, § 4º, IV, da CRFB). Ainda que topograficamente tais dispositivos não estejam elencados no capítulo I do título II do texto constitucional, a atividade de persecução penal toca direta e imediatamente nas liberdades fundamentais de todos, pois as redimensiona.

Notas

¹ Agradecemos aos avaliadores: A, por recordar-nos do esquecimento em relação ao COAF e pelas indicações bibliográficas que só não foram inseridas na versão final do texto por não termos conseguido acesso a tempo de fazer a devolutiva; D, que, apesar de rejeitar e não mencionar expressamente, apontou uma aparente contradição na análise da dicotomia inteligência de defesa e inteligência de segurança pública, bem como fez-nos pensar em um acréscimo importante acerca dos limites textuais implícitos, nada obstante discordarmos de todas as questões de formalidade (toda pesquisa sempre parte de uma pergunta, ainda que não explicitada, neste caso, por que a inteligência é inconstitucional?), o resumo não precisa ser mera repetição de argumentos do texto, e o formato das notas de rodapé, desde que siga as normas técnicas de referências, é questão de estilo; e E, pelas sugestões de estilo, incorporadas com algumas alterações.
² Vide: (NUNES, 2021, p. 8-9).

³ “Creio que é sempre na perspectiva de Tiqqun sobre a guerra civil em curso que se torna compreensível a extensão, a toda população, da aplicação de medidas biométricas que foram concebidas inicialmente para o criminoso recidivante. [...] Portanto, todo cidadão é tratado como criminoso ou terrorista em potencial, em *potência*. [...] se o Estado nos trata como criminosos ou terroristas em *potência*, não devemos nos espantar com o fato de que quem se recusa a submeter-se ou denuncia esse estado de coisas seja tratado, justamente como terrorista.” (AGAMBEN, 2019, p. 265).

⁴ “O ‘dado’ significa algo mais primitivo, uma informação em estado potencial, antes de ser transmitida, anterior ao processo interpretativo [...]. A ‘informação’ é algo [...] já no limiar da cognição, pressupondo-se com um meio de redução de um estado de incerteza.” (MARTINS JÚNIOR, 2015, p. 30).

⁵ Não se entrará na discussão sobre a duvidosa constitucionalidade das contravenções penais.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. A propósito de Tiqqun. In: TIQQUN. *Contribuição para a guerra em curso*. São Paulo: n-1 edições, 2019. p. 265.
CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.
FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. A deslegalização no Direito Penal brasileiro: discussões dogmáticas. *Revista Inclusiones*, v. 8, n. especial, p. 70-82, 2021.
GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do Processo Penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manual Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no*

Processo Penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
MARTINS JÚNIOR, Ayrton Figueiredo. *Atividade de inteligência: uma proposta de controle judicial*. 2015. 152 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.
NUNES, João Alcantara. *Diagnóstico da inteligência de fontes abertas para fins de persecução penal no contexto da sociedade do controle*. 2021. Monografia (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2021.
ORLANDI, Renzo. *Investigações preparatórias nos procedimentos de criminalidade organizada: uma reedição da inquisitio generalis?* Trad. Ricardo Jacobsen Gloeckner e Luiz Eduardo Cani. In: TERRA, Luiza Borges. (Org.). *Lições contemporâneas do Direito Penal e do Processo Penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch Brasil, 2021.

Recebido em: 10.12.2021 - Aprovado em: 25.05.2022 - Versão final: 30.05.2022

A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO COMPORTAMENTO POSITIVO PÓS-DELITIVO NA EXECUÇÃO PENAL

COLLABORATION AWARDED AS POSITIVE BEHAVIOR IN CRIMINAL EXECUTION

Lucas Andrey Battini

Mestrando em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP.

Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal pela UEL. Pós-Graduado em Direito Penal Econômico e

Processo Penal Econômico pela PUC-PR. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8011358972349415>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2621-9399>

battini@advocaciambledv.br

Resumo: O objetivo do presente artigo é o estudo da colaboração premiada como espécie do gênero punibilidade, no qual o instituto é apresentado como um comportamento pós-delitivo, rumando à pesquisa, por meio de revisão bibliográfica nacional e estrangeira, para a problemática da discussão sobre a viabilidade da celebração do acordo após sentença penal transitada em julgado. A pesquisa se inicia com a definição do conceito de punibilidade, com maiores esclarecimentos para as causas de levantamento de pena/conduitas positivas pós-delitivas. Ao final, busca-se apresentar posição crítica e fundamentada quanto à celebração do acordo, orientado pela busca de um prêmio específico incidente na reprimenda em sede de Execução Penal.

Palavras-chave: Punibilidade – Comportamento pós-delitivo – Delação Premiada – Execução Penal.

Abstract: The objective of this article is the study of the award-winning collaboration as a species of the punishability genre, in which the institute is presented as a post-criminal behavior, heading the research, through national and foreign bibliographic review, to the problem of the discussion about the viability of the conclusion of the agreement after a final criminal sentence. The research begins with the definition of the concept of punishability, with further clarifications on the causes of post-criminal penalties/positive conduct. In the end, it seeks to present a critical and reasoned position regarding the conclusion of the agreement, guided by the search for a specific award incident in the reprimand in the context of criminal execution.

Keywords: Punishability – Post-delictive behavior – Awarded Collaboration – Criminal execution.

1. Introdução

A colaboração premiada é instituto que ganha cada vez mais destaque no cenário atual de aproximação da justiça negocial para o Direito Penal. Entendida aqui como uma espécie do gênero punibilidade, a colaboração premiada como comportamento pós-delitivo será o objeto de exame do presente estudo, em especial sua existência na fase de Execução Penal, isto é, após a sentença penal condenatória transitada em julgado, quando o colaborador já conhece os efeitos produzidos pela persecução penal do Estado que, contra ele, foi desenvolvida.

Aponta-se, em primeiro lugar, a existência da problemática e a viabilidade de sua discussão, pois, muito embora a Lei 12.850/2013 tenha estabelecido de maneira positivada a possibilidade de realização da colaboração na Execução Penal, parte da doutrina questiona seu manejo nesta fase em razão da: banalização do instituto; violação à coisa julgada; comprometimento do requisito voluntariedade; e o aumento da postura punitivista por parte do Estado.

Para que se busque uma solução para o problema, a pesquisa, desenvolvida a partir de extensa revisão bibliográfica, iniciará a partir do recorte metodológico que diz respeito à definição do conceito de punibilidade, com maiores esclarecimentos para as causas de levantamento de pena/conduitas positivas pós-delitivas para que, após, sejam apresentadas respostas às indagações atinentes a possibilidade da celebração do acordo de colaboração premiada após sentença penal condenatória transitada em julgado.

2. Punibilidade e comportamentos positivos pós-delitivos

No ponto específico de definição do que a doutrina entende como punibilidade, a utilização de expressões diversas procurando representar iguais significados é um dos pontos de tensão na definição do termo, o que gera o aparecimento de estudos que fazem referência à semântica da punibilidade, como: penalidade, responsabilidade, pressupostos de aplicação de pena, entre outros, principalmente com a denominação de condições objetivas, ou ainda, como causas de exclusão ou liberação da pena.

Pode-se definir punibilidade como sendo a restrição do âmbito do punível, limitador do *jus puniendi* estatal, fixadas as premissas de admiti-lo como um elemento de ligação entre o delito tentado ou consumado – cujo injusto e culpabilidade já estão determinados definitivamente – e a pena em concreto (BITTAR, 2015, p. 48).

Outros autores apresentam definições distintas. Octavio García Pérez menciona que os preceitos penais condicionam a imposição de pena à concorrência de uma circunstância adicional (condição objetiva de punibilidade) ou a ausência de um elemento determinado (escusa absolutória). Tanto as condições objetivas de punibilidade quanto às escusas absolutórias constituem circunstâncias que restringem o âmbito da pena (PÉREZ, 1997, p. 33).

Para Heleno Cláudio Fragoso, a punibilidade é representada por suas condições, as quais são acontecimentos exteriores ao tipo, que a lei estabelece como indispensáveis à punibilidade do fato (FRAGOSO, 1962, p. 161).

De acordo com Claus Roxin, as circunstâncias a serem adicionadas a um injusto capaz de gerar a punibilidade denominam-se condições objetivas de punibilidade. Entre elas estão, acima de tudo, certos resultados que fundamentam a punibilidade e que não precisam se referir ao dolo ou à culpa do autor (ROXIN, 1997, p. 970).

Juan Carlos Ferré Olivé defende que a punibilidade se refere à exclusiva necessidade preventiva da pena, sendo que tais elementos não se fundamentam na culpabilidade e lesão a um bem jurídico, mas sim em razões de política-criminal. Dessa forma, com a constatação de que uma conduta dispõe do conjunto de características exigidas, pode-se afirmar se é merecedora de pena, ou seja, se pode sofrer uma desaprovação jurídica tão intensa e acarretar um castigo (FERRÉ OLIVÉ, 2008, p. 7).

Há ainda dois paradigmas: se a punibilidade deve apenas contribuir com elementos do delito já existentes sem que com eles se perfilhe, ou se haveria que se criar uma nova categoria a ser adicionada ao conceito analítico de delito.¹

Nesta última posição – criação de uma nova categoria –, também se encontram posicionamentos que partem do pressuposto de um sistema funcional de Direito Penal,² em que é comum observar a fundamentação da existência de um injusto culpável, no qual o legislador decide não castigar o agente restringindo o alcance da punibilidade por considerações político-criminais, ou ainda, baseado em critérios alheios ao Direito Penal.

Octavio García Pérez, em trabalho recente que buscou analisar o estado atual de debate da punibilidade nos últimos vinte anos, afirma que a categoria consiste em determinar se a pena pode ser justificada do ponto de vista do Direito Penal. Dessa forma, só caberá recorrer à pena quando resulte funcional tanto para o sistema de controle social como para o subsistema do Direito Penal. Será o caso, unicamente, quando as funções da pena não possam ser alcançadas por outras vias menos gravosas, de modo que a punibilidade obtém seu fundamento por meio do Princípio da Subsidiariedade (PÉREZ, 2019, p. 970).

Apontadas as divergências sobre o tema e, com o devido recorte metodológico necessário, no que respeita o que se propõe abordar – condutas positivas pós-delitivas –, o que interessa aos comportamentos pós-delitivos é que suas condutas recebam, de alguma forma, valoração positiva pelo sistema de justiça, isto inclui a reparação dos danos acarretados à vítima, diminuição dos seus efeitos, ainda que não seja efetivamente possível compensá-los (CABANA, 2000, p. 32).

Alguns exemplos estão previstos no art. 34 da Lei 9.249/1995, que prevê a extinção da punibilidade nos casos em que o agente promova o pagamento do tributo devido antes do recebimento da denúncia, nos delitos definidos na Lei 8.137/1990 e na Lei 4.729/1995; no art. 168-A, quando o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento de contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, antes do início da ação fiscal.

De igual forma, nos delitos ambientais, a aplicação de pena restritiva de direitos ou multa (art.76, Lei 9.099/1995) está condicionada à composição do dano ambiental, salvo em caso de comprovada impossibilidade (art. 27, Lei 9.605/1998) e, em relação à suspensão condicional do processo, a extinção da punibilidade prevista no artigo 89, § 5º, da Lei 9.099/1995, dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental (excetuando-se os casos de impossibilidade – art. 28, I, Lei 9.605/1998) (CARVALHO; CARVALHO, 2008, p. 5178).

3. A delação premiada como espécie de comportamento positivo pós-delitivo na fase da execução da pena

Há identificação da colaboração premiada como comportamento pós-delitivo em razão de sua posterioridade, sua voluntariedade e sua efetividade (efeitos positivos).

No que tange ao limite temporal do exercício da colaboração premiada, também há conexão com um de seus traços característicos, qual seja: a voluntariedade. Isso porque as causas de supressão total ou parcial da pena exigem que o sujeito atue voluntariamente, o que, no caso da colaboração premiada, é o mais complexo dos requisitos a ser satisfeito (CARVALHO; ÁVILA, 2019, p. 161).

O sentido positivo desse comportamento manifesta-se pela obtenção de determinados resultados: identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas (art. 4º, I); revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa (art. 4º, II); prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa (art. 4º, III); recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa (art. 4º, IV); ou localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada (art. 4º, V).

A Lei 12.850/2013 estabeleceu de maneira positivada a possibilidade de realização da colaboração na fase da Execução Penal, delimitando os benefícios a que faz jus o delator que colaborar depois de proferida sentença penal condenatória, sendo que a realização de acordos na seara executória já é realidade há muito tempo, momento no qual é celebrada a maior parte dos acordos de colaboração premiada, eis que o delator tem sua situação processual já definida (BITTAR; ROEHRIG *apud* GOMES; SILVA; MANDARINO, 2018, p. 586).³

O debate, todavia, é polêmico. Seu início é marcado pela suposta violação à coisa julgada quando sua celebração ocorre em sede de Execução Penal. Sob esse aspecto, Gilson Dipp afirma que esse obstáculo formal, em respeito ao princípio da verdade real e diante da possibilidade de flexibilização de padrões de interpretação não ofende a essência da Constituição, mas provoca uma extrema relativização da coisa julgada (DIPP, 2015, p. 19).

Ainda, para aqueles que não compactuam com a celebração dos acordos de delação premiada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o indivíduo serviria como mero instrumento para o alcance de fins sociais, além do que, eventualmente, a voluntariedade/efetividade estaria viciada por meio de uma colaboração comprometida.

Como contraponto, importante a lição de Alamiro Velludo Salvador Netto, no sentido de que a execução da pena pode significar algo bastante valioso no momento das negociações, eis que, afinal, um ajuste no modelo executório pode implicar sensível diminuição do grau de dor e de sofrimento que a sanção carrega consigo. Por isso mesmo, sob o plano prático e forense, acordar o programa de execução interessa a todos, seja ao órgão acusador, que cede algo cobijado em função da contrapartida, seja à defesa que, em último grau, minora o flagelo do cliente (SALVADOR NETTO, 2019, p. 5).

É válido dizer ainda que a legislação se encarregou de restringir o rol de benefícios com a criação de uma diferença entre sua concessão antes e após sentença condenatória, justamente para que não se apresente de forma conflituosa com o ordenamento, motivo pelo qual se diz não ser possível que a pactuação na fase pós-processual de benefícios previstos para a fase pré, visto que as benesses previstas se subordinam aos preceitos da legalidade criminal, e

vantagens que não se encontrem legalmente previstas não podem ser prometidas e concedidas.

A colaboração premiada como comportamento positivo pós-delitivo realizada após o trânsito em julgado da sentença condenatória – há muito – é uma realidade. É preciso, todavia, que exista estrita observância, por parte dos órgãos atuantes, dos benefícios que podem ser concedidos ao colaborador especificamente nesta fase, sobretudo pois distintos da fase pré.

A não observação do destaque presente na lei, quanto à diferença existente para aquele que opta pela delação na fase da execução, implica no desestímulo da delação na fase pré-sentença, tendo em vista que, se não há limites para a concessão de prêmios, a motivação para a renúncia ao direito às prerrogativas constitucionais, em especial ampla defesa do réu, sofre evidente desprestígio (BITTAR; ROEHRIG *apud* GOMES; SILVA; MANDARINO, 2018, p. 594).

4. Conclusão

O comportamento positivo pós-delitivo é marcado pela voluntariedade, reparação do dano ou a contribuição com a administração da justiça, o que torna a conduta posterior do agente valorada como positiva e, por consequência, seja possível o alcance da punibilidade total ou parcial.

Em algumas situações, como é o da colaboração premiada, o requisito da contribuição com a administração da Justiça tem-se muito claro, principalmente quando a lei condiciona à valorização positiva a um atuar que diga respeito à obtenção de resultados probatórios práticos com reflexos no interesse público.

Isso porque o comportamento posterior ao delito, ao se situar no âmbito da punibilidade, encontra-se com os influxos de posturas político-criminais e alia-se às funções da pena. Quando tais motivos se sobrepõem – por assim melhor interessarem à sociedade – às finalidades meramente retributivas da reprimenda, cria-se, por

consequência, uma possibilidade de atuar positivamente para que, diante do cumprimento de determinados requisitos, uma conduta seja valorada e alcance a punibilidade.

Partindo desta premissa, a Execução Penal seria, talvez, o momento de mais lucidez processual, em respeito ao devido processo legal, para que o colaborador possa atuar positivamente, dentro de sua culpabilidade – tratada aqui como limite da pena e já definida com a sentença passada em julgado –, na obtenção de um prêmio que repercuta no interesse do próprio Estado.

A concessão de um prêmio como pressuposto de um comportamento positivo pós-delitivo, com o devido preenchimento dos requisitos comportamentais, não se incompatibiliza com os fins próprios da sanção. Não se pode confundir a orientação teleológica do sistema com objetivos meramente pragmáticos do Direito Penal como um fim em si mesmo, ancorado em concepções retribucionistas que visam, a todo e qualquer custo, a justiça mascarada em simples desfechos, ainda que de tais desfechos não se obtenha um verdadeiro resultado.

A legislação é permissiva no sentido de admitir possibilidade de realização da colaboração na fase da Execução Penal. Contudo, com extrema cautela, delimitou os benefícios a que faz jus o delator que colaborar depois de proferida sentença penal condenatória, fato este que demanda observância.

Nesse ponto, a fiscalização do prêmio não só se presta ao impedir o descrédito da própria colaboração realizada antes do decreto condenatório, como também fixa os limites de atuação do magistrado no instituto, pois, do contrário, caso proceda à homologação de acordos com benefícios que não dizem respeito à fase executória, colocar-se-á em risco, automaticamente, além de princípios fundamentais como a separação de poderes ao legislar, a própria voluntariedade como requisito do comportamento positivo pós-delitivo.

Notas

¹ Morillas Cueva afirma que alguns pressupostos legais devem ser adicionados para que se possa completar a hipótese delitiva. Para o autor, estas circunstâncias não podem se situar no mesmo nível da antijuridicidade e culpabilidade, mas sim como elemento a mais do delito (MORILLAS CUEVA, 2018, p. 325).

² É o caso de Claus Roxin. Com relação à punibilidade, assinala que se está diante de uma exceção, posto que o elemento que expressa uma decisão sobre a necessidade de sanção é alheio à Teoria dos Fins da Pena em razão de posições extrapenais. Conclui, portanto, que os critérios políticos criminais que fundam as bases de seu trabalho influenciam a Teoria do Delito, mas não a punibilidade (ROXIN, 1997, p. 970).

³ Importante recordar que, por ser contraditório quanto ao preceito inserido pelo § 7º, II, do art. 4º, incluído pela Lei 13.964/2019, ou seja, posteriormente à Lei 12.850/2013, que limitou os prêmios inerentes à forma da progressão de regime, houve revogação tácita do § 5º, do art. 4º, não sendo mais permitido ao colaborador, em fase posterior à sentença, negociar a progressão de regime quando ausentes os requisitos objetivos, agora de acordo com a redação do novo § 7º, II, do art. 4º (BITTAR, 2020, p. 210). O referido § 5º especificou quais benefícios podiam ser conferidos ao colaborador caso fosse realizado o acordo após sentença, fato que veio a ser reforçado com a inclusão do § 7º, II, do art. 4º, pela Lei 13.964/2019.

Referências

BITTAR, Walter Barbosa. Algumas reflexões sobre as chamadas condições objetivas de punibilidade. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 293, 2002.

BITTAR, Walter Barbosa. *As condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BITTAR, Walter Barbosa. *A punibilidade no Direito Penal*. São Paulo: Almedina, 2015.

BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada: Direito, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

BITTAR, Walter Barbosa; ROEHRIG, Mariel Marchiori. Há limites para a delação premiada na fase de execução penal? In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella (Org.). *Colaboração premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 575-600.

CABANA, Patrícia Faraldo. *Las causas de levantamiento de la pena*. Valência: Tirant lo Blanch, 2000.

CARVALHO, Érika Mendes de. Punibilidade e fins da pena. *Ciências Penais*, v. 3, 2005.

CARVALHO, Érika Mendes de. O comportamento pós-delitivo positivo e as categorias do delito: uma contribuição à sua delimitação conceitual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 97, n. 875, p. 379-409, set. 2008.

CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Reflexões sobre a (i)legitimidade da delação premiada como comportamento pós-delitivo na execução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 153, 2019.

CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. A reparação do dano ambiental como comportamento pós-delitivo. In: *XVI Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. DIPP. Gilson Langaro. *A "delação" ou colaboração*

premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei. Brasília: IDP, 2015. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1744/A_De-la%E7%E3o_ou_Colabora%E7%E3o_Premiada.pdf?sequence=1. Acesso em: 30 mar. 2020.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Punibilidad y proceso penal. In: *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. n. 15, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade. In: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 158-179.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal: Parte General*. Dykinson, Madrid, 2018.

OLIVARES, Gonzalo Quintero. *Parte general del derecho penal*. 3. ed. Pamplona: Aranzadi, 2009.

PÉREZ, Octavio García. *La punibilidad em el Derecho Penal*. Pamplona: Aranzadi, 1997.

PÉREZ, Octavio García. Sobre el estado actual del debate en torno a la punibilidad. *Estudios Penales y criminológicos*. v. XXXIX, 2019. Disponível em: <https://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/6279>. Acesso em: 31 mar. 2020.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos*. La estructura de la teoría del delito. Tradução de: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Execução penal: ambiente de cogência ou espaço de dispositividade? *Boletim IBCCRIM*, v. 27, 2019.

UMA TAXONOMIA DA CORRUPÇÃO: GÊNERO, ESPÉCIES, SUBESPÉCIES E MODALIDADES

A TAXONOMY OF CORRUPTION: GENUS, SPECIES, SUBSPECIES, AND MODALITIES

Fernando de Carvalho Teixeira

Economista (Unicamp), Pós-Graduado em Direito Empresarial (FGV-RJ), Especializado em Compliance Regulatório (Pennsylvania Law School, EAD). Atua em assessoria em entidades públicas e privadas.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1234175573985336>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1907-1442>

fernando.crl.teixeira@gmail.com

Resumo: A classificação de modalidades corruptivas nem sempre é uma tarefa fácil. Este trabalho vai propor uma taxonomia geral do tipo com quatro níveis de diferenciação entre espécies e subespécies corruptivas, levando em conta quatro elementos componentes (vantagem, ato oficial, acordo, licitude do ato). Haverá a representação gráfica do sistema em dois modelos, para no final separar os componentes de quatro tipos de conduta: conflitos de interesse, gratificações, pagamentos de facilitação e suborno. O modelo permitirá uma classificação ao mesmo tempo mais clara e precisa, com ganhos para a proporcionalidade e eficácia do sistema de combate à corrupção.

Palavras-chave: Corrupção – Taxonomia – Conflito de Interesses – Pagamento de facilitação – Suborno.

Abstract: Classifying corruptive modalities is not always an easy task. This work will propose a general taxonomy of the type with four levels of differentiation between corruptive species and subspecies, considering four component elements (payment, official act, agreement, lawfulness of the act). There will be a graphical representation of the system in two models, in order to finally separate the components of four types of conduct: conflicts of interest, gratuities, facilitation payments and bribes. The model will allow a clearer and more precise classification, with gains in the proportionality and effectiveness of the anti-corruption system.

Keywords: Corruption – Taxonomy – Conflict of Interest – Facilitation Payment – Bribery.

1. Introdução

Por vezes os operadores do Direito têm alguma dificuldade em diferenciar as espécies e modalidades de corrupção entre si. Elas podem ser próprias ou impróprias, explícitas ou implícitas, envolver ou não um ato de ofício definido, podem estar inseridas em contexto administrativo ou político ou podem ser uma forma difusa sem vários dos elementos constituintes do tipo. Este artigo se propõe a dar uma resposta para o problema da classificação dos tipos corruptivos por meio da sugestão de um sistema analítico-descritivo com critérios claros e objetivos de representação do fenômeno, de modo a organizar as modalidades corruptivas em suas diversas espécies e subgêneros e segundo sua maior ou menor gravidade. Isso será feito por meio da apresentação sintética de alguns conceitos e de sua formatação em representações gráficas.

2. A corrupção

Em sua definição mais genérica, a corrupção é uma conduta que implica abuso de poder e desvio de finalidade, ferindo o interesse público. Tipos corruptivos são classificados pela literatura em duas espécies segundo seus autores: “monossubjetivos” e “bissubjetivos”; nas práticas monossubjetivas há o desvio indevido de bens ou direitos do Estado por meio da atuação autônoma de um sujeito, como ocorre na prevaricação e no peculato; nas formas bissubjetivas

há uma relação de intercâmbio entre dois sujeitos, via de regra, um no poder público, outro na esfera privada, com o fim de produzir um desvio de poder ou finalidade.

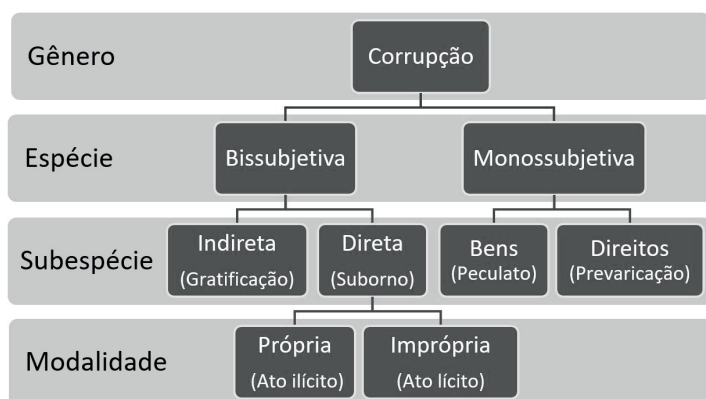
Dentro das espécies bissubjetivas há duas subespécies. Em primeiro lugar é preciso diferenciar compromissos do tipo direto ou indireto, o que significa haver ou não uma relação de favorecimento ou um compromisso firme entre as partes, com um acordo corruptivo visível, impondo efeitos vinculantes em torno de direitos e deveres claros. A legislação internacional sobre o tema oscila, e trabalho específico sobre a jurisprudência recente no Brasil retrata a dificuldade de operadores locais em classificar e diferenciar modalidades corruptivas nesse aspecto, além de problemas para identificar e reconhecer as implicações penais dessa diferenciação (TEIXEIRA, 2020). Até os anos 1990, o Direito francês só reconhecia a corrupção bissubjetiva caso fosse comprovada a existência prévia de um “pacto de corrupção”, entendimento alterado pela jurisprudência e, por fim, pela reforma do Código Penal, em 2000 (RIFFAULT-SILK, 2002). O estatuto norte-americano de persecução penal (*Criminal Resource Manual*) é claro na diferenciação entre as modalidades *bribery* (suborno, com acordo corruptivo) e *gratuity* (gratificação, sem acordo corruptivo). O suborno é definido como um *quid pro quo*, “uma coisa dada em troca por outra”, evidenciando seu caráter contratual. Quando a relação de causa e efeito entre vantagem e ato

é difusa, a norma prevê a *gratuity*, ou gratificação, forma na qual a relação entre uma vantagem e um ato oficial é "frouxa".¹

Na doutrina de alguns países de direito codificado, a subespécie bissubjetiva direta se subdivide em modalidades "própria" e "imprópria", diferenciadas pelo conteúdo do bem transacionado: um ato oficial lícito, sem desvio de finalidade (pagamentos de facilitação) ou um ato ilícito, com desvio de finalidade (suborno). O pagamento de facilitação é uma vantagem ofertada pelo agente privado ou exigida pelo funcionário para cumprir sua obrigação legal ou não "criar dificuldades" para sua execução. O suborno é a forma na qual o acordo entre os sujeitos visa a produção de uma fraude em um ato administrativo, como no caso de superfaturamento de contratos, anulação de multas e deturpação de atos regulamentares.

Com esses elementos é possível constatar quatro níveis de diferenciação entre gênero e subgêneros e oito classes da corrupção, representados na figura a seguir:

Figura 1 – Árvore da corrupção



Fonte: Elaboração do autor.

No suborno há um dano material à administração, representado na fraude a uma atividade funcional. Na forma imprópria, a atividade funcional administrativa fica intacta, mas há um dano moral, o que justifica a penalização:

O objetivo da criminalização da corrupção imprópria é evitar os danos à administração decorrentes da venalidade dos sujeitos encarregados dessa transação que, mesmo quando leva à realização de atos legítimos, prejudica a dignidade e prestígio da própria administração, porque gera descrédito e suspeita sobre seu funcionamento (CONTI, 1977, p. 737).²

O "conflito de interesses" é um tipo protocorrúptivo associado ao exercício regular de atividades profissionais, porém com relações cruzadas entre setor público e privado. Há no conflito de interesses uma situação de risco ou dano potencial à administração, mas não necessariamente uma "transgressão inaceitável" (REIS; ABREU, 2008, p. 164). No conflito de interesses não é possível visualizar claramente nenhum dos elementos típicos da corrupção bilateral: (1) não há "vantagem indevida", uma vez que os ganhos estão inseridos em um contexto de relações profissionais ou comerciais; (2) não há acordo corruptivo; (3) não há ato de ofício vinculado à relação. "Ao contrário da corrupção, portanto, conflitos de interesses não pedem punição, mas uma estratégia de administração" (REIS; ABREU, 2008, p. 164).

3. Indexadores da corrupção

O resultado dessa descrição das variedades corruptivas é um gradiente de culpabilidade que vai desde a modalidade protocorrúptiva conflito de interesses, passando pelos presentes ou gratificações, pelos pagamentos de facilitação e chegando até o suborno. Essa gradação se dá segundo o preenchimento de quatro tipos de variáveis: (1) natureza da vantagem (definida/indefinida); (2) natureza do ato de ofício (definido/indefinido); (3) acordo corruptivo (existe/não existe); e (4) conteúdo do ato de ofício transacionado (lícito/ilícito). Assim, temos quatro graus de gravidade de uma conduta segundo um gradiente corruptivo:

Quadro 1 – Gradiente corruptivo

Tipo corruptivo (gravidade)	Vantagem indevida	Ato (Natureza)	Acordo corruptivo	Ato (Conteúdo)
1. Conflito de Interesse	Indefinida	Indefinido	Não há	Indefinido
2. Presente/ Gratificação	Definida	Indefinido	Não há	Indefinido
3. Pagamento de facilitação	Definida	Definido	Há	Lícito
4. Suborno qualificado	Definida	Definido	Há	Ilícito

Fonte: Elaboração do autor.

A passagem de um tipo corruptivo para outro nem sempre é evidente, sendo adequado considerar a existência de áreas cinzentas entre os tipos. O gradiente se presta exatamente a ser tanto um mapa interpretativo como um guia para orientar temas a serem investigados na hora de se produzir e analisar material probatório.

4. Formas políticas da corrupção

Paralelamente aos tipos básicos de corrupção apresentados, há os casos previstos na legislação especial. É o que ocorre com a corrupção praticada em contexto político, como o caixa dois, o crime de responsabilidade, a quebra de decoro parlamentar. A diferenciação entre corrupção administrativa e política existe porque funcionários administrativos exercem atividades radicalmente diferentes dos funcionários políticos. Funcionários administrativos não formulam políticas públicas, apenas as executam, logo sua interação com a sociedade civil é burocrática e protocolar. Já os políticos têm como atribuição essencial desenhar políticas públicas, o que envolve buscar apoio de representantes da sociedade civil, criar redes de favorecimento e prestar contas a grupos de interesse.

O estatuto penal federal norte-americano (Criminal Resource Manual) é explícito ao implicar que o financiamento eleitoral é uma forma legalizada de corrupção do tipo *gratuity*.³ No Código Penal alemão (ALEMANHA, 1998), o § 108 deixa claro que, em ambiente político, apenas a corrupção na qual se cria um vínculo

de compromisso entre os sujeitos com objetos e obrigações bem definidos é penalizada: para ser ilícita a vantagem ao político deve gerar um ato negocial produzido "sob comando ou instrução" (*eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung*). Tal exigência é ausente no parágrafo relativo à corrupção de funcionários administrativos (§ 331), o qual penaliza relações difusas de favorecimento, nas quais a vantagem é relacionada genericamente ao "exercício da função" (*für die Dienstausbübung*).

5. Corrupção lícita

Há formas de corrupção lícitas e ilícitas. As formas protocorrúptivas "conflito de interesses" são penalmente isentas e geridas por regras administrativas dispersas nas quais se fixam obrigações de não fazer em alguns casos e situações específicas. A corrupção ativa na forma indireta (gratificação) não é penalizada em diversos sistemas legais, inclusive no Brasil (Código Penal, art. 333, *caput*). Internacionalmente, a convenção anticorrupção da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) de 1997 considera também os "pagamentos de facilitação ou agilização" (*facilitating and expediting payments*) uma conduta lícita, na medida em que viabilizam a prática de atos administrativos de conteúdo ordinário necessários à consecução de objetivos empresariais. O *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), dos Estados Unidos, vai na mesma linha, limitando a corrupção à forma suborno:

A palavra 'corrupto' é usada para deixar claro que a oferta, pagamento, promessa ou presente deve ter como objetivo induzir o destinatário a usar indevidamente sua posição oficial; por exemplo, para direcionar indevidamente negócios ao pagador ou seu cliente, para obter legislação ou regulamentos preferenciais ou para induzir um funcionário estrangeiro a deixar de desempenhar uma função oficial (ESTADOS UNIDOS, FCPA, [s.d.], p. 14).⁴

Formas de corrupção política são por vezes lícitas. Formas assemelhadas a prevaricação, conflito de interesse e gratificações

fazem parte da lógica de funcionamento do sistema político, organizado em torno da arrematação de grupos de interesse e trocas de favores. Foi mais ou menos esse o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.650, ao vedar o financiamento empresarial de campanha, em acórdão em que a palavra "corrupção" é mencionada 133 vezes, enunciando que a doação eleitoral por pessoas jurídicas representava a "captura do processo político pelo poder econômico".

6. Conclusão

Este artigo atingiu seu objetivo ao sugerir um sistema classificatório claro e preciso do ponto de vista descritivo e conceitual para diferenciar espécies e modalidades corruptivas entre si. A título de conclusão, cumpre agora apontar algumas implicações operacionais e instrumentais dessa proposta de taxonomia corruptiva. É relevante haver um sistema de classificação claro e preciso para a corrupção, em primeiro lugar, porque possibilita uma penalização proporcional das condutas, principalmente tendo em vista que muitas delas são criminalmente isentas. Em segundo lugar, porque permite ao operador do direito, ao legislador e à opinião pública, compreender melhor contextos e motivações dos sujeitos, inclusive revelando eventuais causas estruturais do problema da corrupção enraizadas no sistema político-administrativo, o que pode abrir espaço para se elaborar planos de reforma institucional com efeitos a longo prazo, aspecto abordado em **Teixeira** (2021).

Um terceiro aspecto é repensar as definições da corrupção presentes em nosso sistema legislativo. Ao redor do mundo, diversos sistemas penais passaram por reformas da tipificação do crime de corrupção nas últimas décadas, tendo em vista a maior preocupação com o fenômeno e o avanço das pesquisas e legislação internacional na área. Pode ser agora o momento de se pensar, também por aqui, em uma revisão da redação dos tipos do gênero corrupção.

Notas

- ¹ If the connection is looser – if money was given after the fact, as 'thanks' for an act but not in exchange for it, or if it was given with a nonspecific intent to "curry favor" with the public official to whom it was given – then it is a gratuity (Criminal Resource Manual, 2044).
- ² Scopo dell'incriminazione della corruzione impropria è di evitare il danno che deriva all'Amministrazione dalla venalità dei soggetti ad essa preposti venalità che, anche quando porta al compimento di atti illegittimi, nuoce alla dignità e al prestigio dell'Amministrazione medesima perché getta discredito e sospetto sul suo funzionamento.
- ³ [...] with a "bribe" the payment may go to anyone or to anything and may include

campaign contributions, while with a "gratuity" the payment must inure to the personal benefit of the public official and cannot include campaign contributions (UNITED STATES, Criminal Resource Manual, Department of Justice, 2041. Bribery of Public Officials, [s.d.]).

- ⁴ The word "corruptly" is used in order to make clear that the offer, payment, promise, or gift, must be intended to induce the recipient to misuse his official position; for example, wrongfully to direct business to the payor or his client, to obtain preferential legislation or regulations, or to induce a foreign official to fail to perform an official function.

Referências

ALEMANHA. *Código Penal* (Strafgesetzbuch – StGB). 1998 [1871]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>. Acesso em: 15 jun. 2022.

CONTI, Luigi. *Manuale de Diritto Penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1977.

ESTADOS UNIDOS. Department of Justice. *Criminal resource manual*. Disponível em: <https://www.justice.gov/archives/jm/criminal-resource-manual-2041-bribery-public-officials>. Acesso em: 5 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Department of Justice. *A resource guide to the U.S. foreign corrupt practices act*. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>. Acesso em: 5 fev. 2020.

REIS, Cláudio Araújo; ABREU, Luiz Eduardo. Administrando conflitos de interesses: esforços recentes no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 45, n. 180, out./dez. 2008. Disponível: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176568/000860613>.

pdf?sequence=3. Acesso em: 23 mar. 2022.

RIFFAULT-SILK, Jacqueline. La lutte contre la corruption nationale et internationale par les moyens du droit pénal. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 54, n. 2, p. 639-661, 2002. Disponível em: https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2002_num_54_2_18760#ridc_0035-3337_2002_num_54_2_T1_0651_0000. Acesso em: 15 jun. 2022.

TEIXEIRA, Fernando de Carvalho. Crime formal e conduta genérica: problemas na jurisprudência anticorrupção. *Anais*: 1º Encontro de estudos e práticas anticorrupção, Transparência Internacional, nov. 2021. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1oWUtzMCB0pMgzo16CiQgO0so-sc5nonA/view>. Acesso em: 22 mar. 2022.

TEIXEIRA, Fernando de Carvalho. Crítica à teoria do ato indeterminado: dinheiro e poder na microdinâmica da corrupção-suborno. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, ano 28, n. 169, p. 41-81, jul. 2020.

Recebido em: 23.03.2022 - Aprovado em: 12.06.2022 - Versão final: 19.07.2022

A TEORIA COGNITIVA DO DOLO E O ALARGAMENTO DO PODER DE PUNIR

THE COGNITIVE THEORY OF THE DOLUS AND THE ENLARGEMENT
OF THE PUNITIVE POWER

Thiago Rocha de Rezende

Mestrando em Direito Penal na UERJ. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1955187887202661>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5053-0873>

1.thiago.rocha.rezende@gmail.com

Resumo: Com a teoria cognitiva do dolo, reviveu-se a discussão sobre a exigência da vontade para a configuração da conduta dolosa. O presente artigo, a partir de uma perspectiva deslegitimante do poder de punir, propõe-se a uma análise de tal teoria. Para tanto, toma como ponto de partida o questionamento sobre o que significa essa teoria em termos de severidade punitiva e trabalha com a hipótese de que a abdicação da vontade no dolo representa um aumento irracional de repressão punitiva.

Palavras-chave: Dolo – Vontade – Imputação Subjetiva.

Abstract: As the cognitive theory of the dolus appeared, the discussion about demanding purpose to affirm the dolus was reborn. The present article, from a perspective that denies the legitimacy of the punitive power, intends to analyse this theory. For that, it begins questioning the punitive harshness in this theory and establishes the hypothesis that suppressing the intent of the dolus analysis is an irrational increase in the criminal punishment.

Keywords: Dolus – Purpose – Subjective Imputation.

A ideia de um dolo que prescindia da vontade não é nova. Em 1958, **Nélson Hungria** já falava da escolha do legislador brasileiro pela teoria da vontade em detrimento da teoria da representação: na primeira, o dolo seria entendido como vontade dirigida ao resultado; na segunda, para a existência do dolo, bastaria a representação subjetiva ou previsão do resultado como certo e provável. Assim, a teoria da representação prescindia da vontade enquanto a teoria da vontade a exigia. Comentando tal decisão legislativa, **Hungria** (1958, p. 114) afirmava que era plenamente acertada e que a teoria da representação estava inteiramente desacreditada.

Apesar do descrédito que **Hungria** atribuía a esse tipo de teoria que se desapega da vontade, ele não foi relegado ao ostracismo, pelo contrário: atualmente, vem ganhando muito espaço no debate jurídico-penal a chamada teoria cognitiva do dolo, especialmente por influência, no Brasil, de teóricos como **Luís Greco**, **Humberto Souza Santos** e **Eduardo Viana**, que retira a vontade da análise do dolo a partir de novos argumentos.

A teoria cognitiva do dolo parte de uma diferenciação entre vontade em sentido psicológico-descritivo e vontade em sentido atributivo-normativo. A vontade em sentido psicológico-descritivo faria referência a um estado mental, a algo que ocorre dentro da cabeça do autor, a uma entidade empírica que pertence ao universo psíquico de alguém. Seria uma questão de fato, referida a um estado de coisas que está no mundo. A vontade em sentido atributivo-normativo, por outro lado, seria uma atribuição, uma forma de interpretar um comportamento, com ampla independência da situação psíquica do autor (GRECO, 2009, p. 886-887).

A partir dessa diferenciação, a teoria cognitiva entende que a

proposição “dolo é vontade” seria correta, mas não em sentido psicológico-descritivo e sim em sentido atributivo-normativo. Em tal sentido, **Puppe** (2006, p. 130-131) afirma que haveria dolo sempre que o autor representasse a criação, por meio de sua ação, de um perigo intenso e manifesto para a vítima, ação que uma pessoa razoável jamais tomaria sem assumir o risco do resultado. Parece que, para **Puppe**, portanto, a diferença entre o dolo e a culpa baseia-se na avaliação de quão intenso e manifesto foi o perigo para o bem jurídico em confronto com um parâmetro geral de razoabilidade.

Greco apresenta uma formulação até mais interessante desse dolo, entendendo se tratar de uma questão de domínio: a maior punição no dolo se justificaria porque, no atuar doloso, o autor dominaria a realização do fato, teria controle sobre ela, enquanto no atuar culposo não haveria tal domínio. Esse domínio, por sua vez, exigiria somente o conhecimento: a vontade psicológica não teria relevância nenhuma para o domínio (GRECO, 2009, p. 889-893).

Essa justificativa para o dolo, baseada em um domínio que só exige conhecimento, conduziria a um conceito atributivo-normativo de vontade na base do dolo: se, ao domínio, bastaria o conhecimento e o que justificaria a punição dolosa seria o domínio, então a vontade psicológica deveria ser irrelevante ao dolo.

Em sentido parecido propõe **Eduardo Viana** (2017), afirmando que o dolo pode ser adequadamente fundamentado com base no elemento cognitivo, uma vez que a representação do perigo permite ao autor exercer o controle sobre o próprio corpo e dominar o que está realizando. Assim, a diferença entre o dolo e a culpa se daria unicamente no âmbito do conhecimento, prescindindo-se da vontade. Porém, ao dolo, não bastaria esse conhecimento do perigo,

mas seria preciso observar, ainda, a qualidade do perigo, ou seja, seria preciso que, observadas as circunstâncias em que a situação se desenvolveu, o indivíduo não possa argumentar racionalmente que não estabeleceu um compromisso cognitivo com a realização do perigo. Trata-se do que **Viana** chama de juízo de inferencialidade, que leva em conta critérios como a intensidade do perigo e a vulnerabilidade da vítima (VIANA, 2017, p. 294).

O problema com essa teoria cognitiva do dolo é claro: o que domina a realização do fato não é o conhecimento, mas a vontade. O sujeito não controla a sua conduta causal simplesmente pelo conhecimento. O conhecimento serve de orientação para a vontade e é a vontade consciente que domina a causalidade. Sem a coordenação do conhecimento e da vontade não é possível a própria conduta, funcionando a vontade como a propulsora da ação e o conhecimento como o orientador da vontade. É esse domínio volitivo, portanto, que deve ser levado em consideração na aferição do dolo, não um domínio exclusivamente baseado no conhecimento (TAVARES, 2020, p. 285-289).

Quando **Greco** fala sobre o caso do atirador de Lacmann (modificado por SANTOS, 2008, p. 285), em que um fazendeiro aposta todo o seu patrimônio na promessa de que conseguirá acertar um tiro somente no chapéu da mulher à sua frente, sem feri-la, mas acaba a matando, afirma que, apesar de ser claro que o sujeito não queria, em sentido psicológico-descritivo, a morte da vítima, trata-se de um caso em que “ninguém hesitará em afirmar o dolo” (GRECO, 2009, p. 887-888), o que não é verdade. Para se afirmar o dolo é preciso afirmar o domínio. Nesse sentido, como afirmar que alguém dominou a realização do fato quando o fato realizado foi exatamente o contrário do que o agente tentava propor no mundo? Como dizer que o autor controlou o curso causal quando o resultado a que esse curso causal conduziu foi absolutamente contrário à expectativa do autor? Certamente, para se chegar nesse resultado não planejado, algo saiu do controle do agente. Esse resultado, portanto, é fruto de uma falha na utilização dos meios causais e não de um domínio até se chegar nele. Assim, quando **Greco** afirma que o sujeito controlou a realização do fato nesse caso, a própria realidade nega a sua proposição – está claro que a realização do fato saiu do controle do agente – e um conceito não pode ser construído em negação direta à realidade.

Tal raciocínio pode ser igualmente proposto a partir do que **Viana** chama de versão moderna do caso Lacmann, que substitui o fazendeiro atirador por alguém que participa de um “racha” e aposta na sua própria vitória, mas acaba colidindo com outro veículo e matando o condutor dele. Quem se lança nesse tipo de disputa automobilística não quer, em sentido psicológico-descritivo, perder a disputa e tendo em vista que a colisão ocasiona a perda da disputa, pode-se dizer que o autor não quis, em sentido psicológico, a colisão que ocasionou a morte da vítima – ao cabo, o autor não quis a morte da vítima (VIANA, 2017, p. 276-277). Tem-se aí mais um caso claro de culpa e não de dolo. Se o sujeito não quer colidir com outrem e mesmo assim colide, como dizer que ele controlou a realização do fato até a colisão? É óbvio que o curso causal saiu do seu controle, pois se tivesse se mantido nele, a colisão não ocorreria. O conhecimento oferece a possibilidade de dominar a causalidade, mas é somente a partir da análise da vontade que se pode verificar se a realização do fato se manteve dentro do controle do agente ou se ela se deve, exatamente, à fuga do controle. A possibilidade de punir alguém que gerou um resultado por uma perda do controle da causalidade como se tivesse controlado a causalidade até o resultado indicia um grave

problema: o alargamento indevido do poder punitivo.

Vê-se que uma consequência direta da adoção dessa teoria é a punição daquele autor que tinha conhecimento dos elementos do tipo apesar de não querer a realização de tal tipo. Retira-se, assim, um dos filtros do dolo. Na esteira de **Zaffaroni** e **Nilo Batista** (2010, p. 270), pode-se afirmar que o dolo é o núcleo redutor subjetivo da tipicidade, constituindo-se de dois filtros: o conhecimento e a vontade. Ao se retirar o filtro da vontade, permitindo que condutas não queridas possam ser punidas como dolosas, tem-se um claro alargamento do poder de punir no âmbito da imputação subjetiva: mais condutas passam a ser punidas com o rigor do dolo. Esse aumento repressivo, por sua vez, mostra-se irracional, uma vez que o dolo deve estar vinculado a um domínio por parte do autor, domínio esse que não se resume ao seu conhecimento, mas se refere à sua vontade consciente. A adoção da teoria cognitiva do dolo, portanto, importa em uma incontornável e indevida ampliação do poder de punir no âmbito da imputação subjetiva.

Essa crítica da expansão excessiva do alcance do dolo não é desconhecida pelos autores que defendem a teoria cognitiva do dolo, os quais, opondo-se a elas, oferecem alguns argumentos. Um deles, apresentado por **Greco**, seria de que a teoria cognitiva do dolo, apesar de importar em uma punição maior em alguns casos, levaria a uma punição menor em outros. A título de exemplo, ele cita o caso do atirador de Thyren, em que um leigo, com uma pistola normal, efetua um disparo a uma enorme distância em direção a alguém que quer que morra. Enquanto a doutrina dominante afirmaria o dolo nesse caso, em face da vontade do atirador de matar a vítima, a teoria cognitiva o negaria, uma vez que tal atirador não saberia da grande probabilidade de um resultado típico ocorrer, faltando domínio da realização do tipo (GRECO, 2009, p. 893-894; 901). Um argumento similar pode ser visto em **Viana**, que entende que a teoria da inferencialidade do dolo, com critérios limitadores do conhecimento como a intensidade do perigo, geraria considerável redução do âmbito do crime doloso, especialmente nas hipóteses que não representam ataque direto à vida ou à integridade física da vítima (VIANA, 2017, p. 288). Também nesse sentido se posiciona **Souza Santos**, afirmando que ao se atribuir dolo a uma conduta pouco perigosa, a teoria volitiva limitaria a liberdade do autor mais do que deveria (SANTOS, 2008, p. 284).

As afirmações dos autores – de que, mesmo se abandonado o elemento “vontade” como limitação, a teoria cognitiva seria capaz de, em alguns casos, punir menos – vêm do fato de que, ao abandonar a vontade, a teoria cognitiva desenvolveu com mais rigor o âmbito do conhecimento, chegando a limites pela via da representação que a doutrina dominante não chegou. Porém, deve-se levar em consideração que “punir menos” é sempre referencial e, aqui, claramente se refere somente à doutrina dominante. Ocorre que a forma como a maior parte da doutrina ou da jurisprudência aplica a teoria volitiva não a resume. Para se dizer que a teoria cognitiva limita mais do que a teoria volitiva, não basta apontar que a doutrina dominante não apresenta esses limites, é preciso demonstrar que a teoria volitiva não poderia apresentar tais limites – a teoria volitiva, como construção teórica, é mais do que um conjunto majoritário de posicionamentos. O que se quer dizer com isso é o seguinte: será que, para se chegar às limitações apontadas pela teoria cognitiva, é indispensável abdicar da vontade? A resposta é negativa.

É perfeitamente possível propor, dentro de uma teoria volitiva do dolo, que o perigo intenso ao bem jurídico seja considerado objeto do conhecimento doloso, como pauta de racionalidade – frente a

punições tão distintas, não é razoável que o perigo que evoca o dolo seja da mesma intensidade que o perigo que evoca a culpa. A partir disso, caso o perigo não seja objetivamente intenso o suficiente (critério mais importante da inferencialidade de **Viana**) ou caso o sujeito não represente a elevada intensidade do perigo e, portanto, não possa dominar a realização do fato (como no caso do atirador de Thyren, apontado por **Greco**), não se pode afirmar o dolo, sem prejuízo de ainda ser possível excluir o dolo quando inexistir a vontade de realização do tipo, entendida tanto como objetivo direto (dolo direto), quanto como conformação (dolo eventual). Por certo, não se pretende nesse curto espaço trazer qualquer construção acabada de absorção dessas limitações. Trata-se somente de um exemplo a demonstrar que é perfeitamente possível, a partir da teoria volitiva, punir de forma equivalente à teoria cognitiva nos casos em que a última alega punir menos, ainda que recorrendo a um fundamento diverso. O contrário, entretanto, não se aplica: em diversos casos em que há conhecimento, mas não há vontade de realização do tipo, a exemplo do caso do atirador de Lacmann, é impossível à teoria cognitiva do dolo não punir, independentemente de a qual fundamento recorra.

Uma segunda oposição ao argumento de que a teoria cognitiva amplia o âmbito do dolo, própria de **Greco**, é no sentido de que seria superficial supor que uma razão para punir menos seria sempre uma boa razão, já que a sua ausência se tornaria uma razão para punir mais (GRECO, 2009, p. 901). Tal raciocínio tem sentido dentro de uma perspectiva legitimadora do poder de punir, em que o Direito Penal o limita ao mesmo tempo em que o fundamenta. Porém, ele não se sustenta em uma lógica de deslegitimação do poder punitivo, já que nela não se busca qualquer justificativa para tal poder: o poder punitivo é parte do Estado de Polícia, o qual busca sempre a sua expansão, restando ao Direito Penal somente a função de limitar tal poder face à sua irracionalidade. Para ilustrar esse ponto, pode-se recorrer metaforicamente à figura da cancela, que permite e restringe a passagem de veículos. Valendo-se de ferramentas jurídicas de limitação, o que o julgador faz é abaixar a cancela e impedir a passagem do poder punitivo quando ele é muito irracional. Não é, porém, o abaixar da cancela que permite que os carros passem quando ela está levantada – se a cancela jamais abaixasse, os carros simplesmente passariam sem restrição. Da mesma forma, não é o limite ao poder punitivo que permite ou fundamenta a punição na sua ausência – se não houvesse determinado limite, o poder punitivo simplesmente atuaria sem aquela restrição. Diminuindo a abstração e trazendo especificamente para a discussão da vontade no dolo: caso se dispense o filtro da vontade, em vez de se limitar a punição por dolo aos casos em que há vontade, simplesmente se punirá com o rigor do dolo condutas praticadas com e sem vontade de realização do tipo. É somente ampliação do poder punitivo.

Por fim, pode-se falar da objeção que afirma que a teoria volitiva do dolo não levaria a exigência do elemento volitivo a sério. **Greco**, por exemplo, afirma que os defensores das teorias volitivas costumam

afirmar ou negar a vontade valendo-se de critérios objetivos, como a intensidade do perigo, ou de uma intuição inverificável (GRECO, 2009, p. 901). **Viana** (2017, p. 288), olhando para tal cenário, afirma que a doutrina e a jurisprudência dominantes já admitem o dolo sem vontade: se a vontade psicológica já está sendo substituída por critérios de atribuição da vontade, já se adota a vontade em sentido atributivo-normativo. **Puppe** (2006, p. 121-122), olhando para o mesmo cenário na Alemanha, qual seja, de adoção de uma teoria volitiva e, ao mesmo tempo, de dispensa da vontade psicológica em favor de critérios de atribuição da vontade, afirma que seria preferível a adoção da teoria cognitiva do dolo, que tem a decisão racional do agente como o único parâmetro para se adscrever vontade a ele, diferentemente da teoria volitiva, que permitiria um decisionismo nessa adscrição.

Esse argumento dos autores da teoria cognitiva deve ser dividido em duas partes: a constatação e a conclusão. A constatação de que a doutrina e a jurisprudência dominantes já prescindem da vontade, na verdade, é mais uma crítica à doutrina e à jurisprudência dominantes do que à teoria volitiva do dolo como um todo: se está havendo uma flexibilização das exigências da teoria volitiva a fim de se punir mais do que ela permite, isso não significa que se deve abandonar a teoria volitiva para adotar uma teoria cognitiva (que, como demonstrado, oferece menos ferramentas à contenção do poder punitivo), mas que se deve interromper essa flexibilização. Essa constatação tem muito mais um caráter denunciador do mau uso da teoria volitiva do que impulsionador ao abandono dela. Chega-se, então, à análise da conclusão oferecida: é equivocado pensar que esse cenário demonstra a necessidade de abandono da teoria volitiva, uma vez que a crítica do “mau uso”, ou seja, do decisionismo, da instrumentalização do dolo para fins indevidos, do arbítrio, não é privativa da teoria volitiva do dolo, mas é igualmente aplicável à teoria cognitiva e a qualquer teoria. O arbítrio no poder punitivo tem suas raízes no Estado de Polícia, sempre encapsulado no Estado de Direito, e não há formulação teórica que vá o anular. Em tal cenário, o Direito Penal deve ser construído de forma a denunciar as irracionalidades e oferecer instrumentos para a redução racional do poder punitivo e o melhor caminho para essa construção não parece ser dispensando filtros redutores.

Vê-se, assim, que a teoria cognitiva do dolo não apresenta qualquer vantagem redutora, uma vez que não se propõe a qualquer limitação que não possa ser feita a partir de uma teoria volitiva do dolo, ainda que recorrendo a fundamento diverso. Ao mesmo tempo, ela permite a punição por dolo de condutas praticadas sem vontade, punição essa que uma teoria volitiva do dolo coerente veda. Portanto, a teoria cognitiva do dolo representa somente alargamento do poder de punir. Para quem, especialmente a partir da deslegitimação do poder punitivo, está preocupado em construir um Direito Penal que consiga conter ao máximo a irracionalidade e o abuso, essa teoria não tem qualquer utilidade – a teoria volitiva claramente oferece mais possibilidades de contenção racional do poder de punir.

Referências

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (Orgs.). *Liber amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário*: estudos de direito e filosofia. Coimbra: Almedina, 2009.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. v. I, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

PUPPE, Ingeborg. Dolo eventual e culpa consciente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 114-132, jan./fev. 2006.

SANTOS, Humberto Souza. Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo. In:

GRECO, Luís; LOBATO, José Danilo Tavares (Orgs.). *Temas de Direito Penal, Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TAVARES, Juez. *Fundamentos de teoria do delito*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. v. II, tomo I. Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

Recebido em: 01.04.2022 - Aprovado em: 07.06.2022 - Versão final: 29.06.2022

A SUPRESSÃO DA GARANTIA DO HABEAS CORPUS NO CASO KISS

SUPPRESSION OF THE HABEAS CORPUS WARRANTY IN THE KISS CASE

Theuan Carvalho Gomes

Mestre em Direito pela UNESP. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3035298744987504>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7294-1315>

theuan@gmail.com

Resumo: A tragédia da Boate *Kiss* ganhou repercussão nacional e, no último mês de dezembro, foi julgada no Tribunal do Júri. Todavia, a principal controvérsia que decorreu do julgamento veio justamente do Supremo Tribunal Federal. No último dia 16 de dezembro, o Ministro **Luiz Fux**, a bem da verdade, impediu que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul concedesse *Habeas Corpus* aos acusados. No limite, houve supressão da garantia do *Habeas Corpus*. Se mantida tal decisão pelo plenário, todavia, o Brasil poderá ser condenado no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Diante desse quadro, à luz da Constituição Federal, evidencia-se o fundamental papel que o Plenário do Supremo desempenhará no julgamento do caso concreto.

Palavras-chave: *Habeas Corpus* – Garantias Constitucionais – Boate *Kiss*.

Abstract: The tragedy of the Kiss Nightclub gained national repercussion and, last December, it was judged at the Jury Court. However, the main controversy that arose from the trial came precisely from the Supreme Court. On December 16th, Justice **Luiz Fux**, as a matter of fact, prevented the Court of Justice of Rio Grande do Sul from granting *Habeas Corpus* to the accused. In the limit, there was suppression of the guarantee of *Habeas Corpus*. If such decision is upheld by the Supreme Court, however, Brazil could be condemned in the Inter-American System of Human Rights. In view of this situation, in the light of the Federal Constitution, the fundamental role that the Plenary of the Supreme Court will play in the judgment of the specific case is evident.

Keywords: *Habeas Corpus* – Constitutional Guarantees – Nightclub *Kiss*.

Avolumam-se e intensificam-se os ataques à garantia constitucional do *Habeas Corpus*. Exemplo emblemático é o caso da Boate *Kiss*. A comunidade jurídica acompanhou de perto o julgamento dos acusados pelo triste incêndio de Santa Maria. Muito embora estivesse sendo julgado pelo Tribunal do Júri de Porto Alegre, a maior questão jurídica do caso decorreu justamente de uma decisão vinda do Supremo Tribunal Federal.

Liminarmente, num expediente de questionável – para não dizer vedada – aplicação ao Processo Penal, o Ministro Presidente do STF acabou por suspender o direito de *HC* aos acusados pelo incêndio na *Kiss*. Tal decisão, contudo, viola a Constituição Federal e a própria tradição jurisprudencial de nossa Suprema Corte em matéria de *HC*. Se mantida pelo Plenário, esse precedente permitirá que o Brasil possa ser condenado no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Realmente, a tradição do STF em matéria de *HC* é histórica e inequívoca.

Foi por meio do *HC* que o STF julgou inconstitucional a vedação de progressão de regime inicialmente prevista na Lei 8.072/1990 (*HC* 69.657-1/SP); garantiu que os acusados sejam informados do direito ao silêncio (*HC* 78.108-1/SP); reconheceu que a defesa tem o direito de sustentar oralmente depois do Ministério Público quando o recurso for da acusação (*HC* 87.926/SP).

Foi por meio do *HC* que o STF declarou a inconstitucionalidade da interrupção voluntária da gravidez até o terceiro mês de gestação (*HC* 124.306/RJ); determinou a conversão para prisão domiciliar

de gestantes, lactantes, mães de crianças até 12 anos e deficientes em todo território nacional que estivessem em prisão provisória (*HC* 143.641/RJ); reconheceu que a importação de sementes de maconha não tipifica o crime do tráfico de drogas (*HC* 144.161/SP).

Foi por meio do *HC* que o STF assegurou a ordem de apresentação dos memoriais entre delatores e delatados (*HC* 157.627/PR); garantiu que ninguém poderá ser preso apenas com base na palavra de delator premiado (*HC* 169.119/RJ); mandou soltar preso por furtar dois frascos de shampoo (*HC* 188.467/SP); determinou a progressão antecipada ao regime aberto a quem estava exposto ao novo coronavírus em prisão superlotada e possuísse alguma comorbidade (*HC* 188.820/DF).

É possível citar muitos outros precedentes diante das inúmeras decisões importantes que o STF sempre proferiu nos julgamentos de *HC*. Quando se fala em *HC*, de fato, “estamos a falar de algo que é a própria história do Supremo, que é a história da liberdade e a história do *Habeas Corpus*” (BRASIL, 2018, p. 50).¹

E isso não é assim por acaso. Como nos lembra o Min. **Celso de Mello**, “foi no Supremo Tribunal Federal que se iniciou, sob a égide da Constituição republicana de 1891, o processo de construção jurisprudencial da doutrina brasileira do ‘*Habeas Corpus*’, que teve, nesta Corte, como seus principais formuladores, os eminentes Ministros **Pedro Lessa** e **Enéas Galvão**” (BRASIL, 2012, p. 13).²

Todavia, quando julgou a medida cautelar nos autos da suspensão de liminar 1.504, ainda em 14 de dezembro de 2021, o Min. **Luiz Fux** decidiu “suspender os efeitos da decisão proferida nos autos

do *Habeas Corpus* 70085490795 (0062632- 23.2021.8.21.7000), pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul" (BRASIL, 2021, p. 7). Já aí a garantia do *HC* estava ferida de morte, pois o direito de ir e vir dos pacientes foi simplesmente subtraído sem a observância do sistema recursal e do devido processo legal.

Mas a pá de cal que sepultou a garantia do *HC* veio mesmo em 16 de dezembro, no apagar das luzes do ano judiciário de 2021, quando o eminente Min. **Luiz Fux** deferiu pedido ministerial "para sustar os efeitos de eventual concessão do *HC* 70085490795 pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul" (BRASIL, 2021, p. 3).

Vale ressaltar que não havia fato novo que impelisse qualquer revisão da liminar que havia sido concedida há menos de 48 horas. A notícia era apenas de que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul estava exercendo seu papel constitucional (art. 5º, XXXV, CR) ao julgar o mérito do *writ* lá impetrado, mas ainda sem resultado definitivo. Mesmo assim, o eminente Min. **Luiz Fux** impediu que o Tribunal gaúcho prestasse a jurisdição no caso concreto porque cassou eventual concessão da ordem antes mesmo dela existir. Em outras palavras: suprimiu-se a garantia do *HC* para os acusados pelo incêndio da Boate *Kíss*, ao menos por enquanto.

A militância³ contra o *HC* sempre existiu, conforme já nos alertava **Rui Barbosa**, ainda em 22 de janeiro de 1915, em seu seminal discurso no Senado da República: "não é de hoje, Sr. Presidente, que os homens da força do que se exageraram na autoridade, que os espíritos revessos às garantias liberais reagem contra a ordem de *Habeas Corpus*, buscando pôr inteiramente fora do seu alcance o abuso de poder" (BARBOSA, 1915, p. 89).

O art. 10 do Ato Institucional nº 5 – de triste memória – suspendia a garantia do *HC* "apenas" nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular. Em que pese seu conteúdo abjeto, nem mesmo o AI-5 foi capaz de suspender a garantia do *HC*, por exemplo, em casos de homicídio comuns julgados pelo Tribunal do Júri.

Bem por isso é que **Arnaldo Malheiros Filho** (2007), depois de tanto testemunhar a militância sófrega contra o *HC* – ironicamente – clamava pela volta do AI-5, pois "nem mesmo a ditadura militar, com todo o seu aparato autoritário e antijurídico, chegou a propor a 'limitação' do *Habeas Corpus* a 'situações muito pontuais', chegou a proibir aos réus o direito de recorrer."

Realmente, difícil não concordar com o saudoso criminalista: "quem quer amputar o *Habeas Corpus* e proibir os recursos quer que certas violências contra o indivíduo não tenham remédio, valendo sempre a vontade do Estado, ainda que representado por um juiz. Socorro! Quero o AI-5 de volta, pois ele não chegou a tanto." (MALHEIROS FILHO, 2007).

A novidade e a surpresa, na espécie, decorrem dessa militância contra a concessão do *HC*, em alguma medida, vir de dentro do próprio STF, por meio de seu Ministro Presidente, que "sustou" a concessão do *writ* a quem foi obrigado a iniciar o cumprimento de pena ainda em primeiro grau, antes do trânsito em julgado ou do julgamento qualquer apelo, portanto.

Do modo como lançadas, a bem da verdade, as decisões do Min. **Luiz Fux** vão de encontro com a história, tradição e jurisprudência do Supremo Tribunal em matéria de *HC*.

Mas não é só. O Brasil, por meio do Decreto Legislativo 89/1998, reconheceu a jurisdição contenciosa obrigatória da Corte

Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). De fato, "a jurisdição para julgar pretensas violações em face do Pacto de São José foi admitida, até o momento por 21 Estados (inclusive o Brasil), entre os 23 contratantes do Pacto" (RAMOS, 2010, p. 552).

A possibilidade de sanção contra o Brasil, no caso *Kíss*, justifica-se pelos próprios precedentes da Corte IDH. Se tais decisões forem confirmadas, há risco de o Brasil ser condenado pela Corte IDH por violação aos artigos 25.1 e 7.6 c/c art. 27.2, todos da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) (Pacto de São José da Costa Rica). Há mais de 30 anos, por meio da Opinião Consultiva 8/1987, a Corte IDH foi questionada sobre a (im)possibilidade de suspensão da garantia do *HC* pelos Estados Partes da Convenção Americana. Eis a consulta:

¿El recurso de hábeas corpus, cuyo fundamento jurídico se encuentra en los artículos 7.6 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es una de las garantías judiciales que, de acuerdo a la parte final del párrafo 2 del artículo 27 e esa Convención, no puede suspenderse por un Estado Parte de la citada Convención Americana? (CORTE IDH, 1987, p. 3).

Na conclusão, a Opinião Consultiva 8/1987, a Corte Interamericana assentou que:

los procedimientos jurídicos consagrados en los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no pueden ser suspendidos conforme al artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición. (CORTE IDH, 1987).

De "amplíssimo cabimento" (BADARÓ, 2017, p. 408), como sabido, o *HC* é a garantia que tutela o direito de ir e vir. É nessa linha que a Corte IDH concluiu pela impossibilidade de suspender a garantia do *HC* por ser ele meio eficaz para assegurar o direito à liberdade de locomoção:

Las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia (CORTE IDH, 1987, § 25, p. 9).

E essa posição encontra eco na jurisprudência contenciosa da Corte IDH. No caso *Loayza Tamayo v. Peru*, por exemplo, a Corte reafirmou que a garantia do *HC* sequer poderia ser suspensa nas hipóteses do artigo 27.2 da CADH, isto é, o *HC* não pode ser suspenso nem mesmo em estado de exceção, de sítio ou de emergência (cf. artigo 27.1 e 27.2, CADH), pois "*los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el Artículo 27.2.*" (CORTE IDH, 1987, p. 27).

Já no caso *Suárez Rosero v. Ecuador*, depois de 14 meses sem julgamento de um *HC* porque o acusado estava "incomunicável", a Corte Interamericana reconheceu a violação dos artigos 7.6 e 25 da CADH (CORTE IDH, 1997, § 61-66, p. 19-20). Sim, pois "o direito de *Habeas Corpus* deve ser garantido a todo momento a um detido, ainda que se encontre sob condições excepcionais de incomunicabilidade legalmente decretada" (CORTE IDH, 1997, § 61-66, p. 19-20). A Corte IDH mais uma vez decidiu que "o direito estabelecido no artigo 7.6 da Convenção Americana não se cumpre com a existência formal dos recursos que regulamenta. Estes recursos devem ser eficazes, pois seu propósito, segundo o mesmo artigo 7.6, é obter uma decisão

sem demora 'sobre a legalidade [da] prisão ou [da] detenção' e, caso estas forem ilegais, a obtenção, também sem demora, de uma ordem de liberdade" (CORTE IDH, 1997, § 61-66, p. 19-20).

Também assim no caso *Lópes Álvarez v. Honduras*, em que a Corte IDH reconheceu a violação da garantia do *Habeas Corpus* porque "Corte de Apelações de La Ceiba decidiu 'que este recurso era inadmissível [...] por ser improcedente'" (CORTE IDH, 2006, § 87-99, p. 39-40). Na oportunidade, a Corte IDH reafirmou que "a análise de um recurso judicial que ataca a legalidade da privação de liberdade, por parte da autoridade competente, não pode se reduzir a uma mera formalidade, mas deve examinar as razões invocadas pelo demandante e se manifestar expressamente sobre elas, em conformidade com os parâmetros estabelecidos pela Convenção Americana" (CORTE IDH, 2006, § 87-99, p. 39-40).

Realmente, a mera previsão formal da garantia do *HC* nada significa se, no caso concreto, inexistir efetividade ao instrumento libertatório, como se pode ver na jurisprudência interamericana. Daí porque potencialmente violado o art. 5º, LXVIII, CR, quando o eminente Min. **Luiz Fux** sustou eventual ou futura concessão do mérito do *HC* impetrado em favor de um dos acusados pelo incêndio da *Kíss* no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Essa violação, à luz do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, significa riscos de condenação do Brasil caso nosso Poder Judiciário não restabeleça a garantia do *HC* no caso *Kíss*.

O outrora remédio heroico, como se vê, restou amesquinhado, reduzido, amortizado, tolhido, neutralizado, abatido, paralisado, impedido, cancelado... proibido! Não por acaso, dois réus do caso *Kíss* imediatamente acionaram a Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil em decorrência das decisões do vindas do STF.

O caso de Elissandro Spohr, inclusive, já foi atuado na Comissão

Interamericana como Medida Cautelar 1173-21 e atualmente está "em estudo". Vê-se, por aí, que, a qualquer momento, uma medida cautelar poderá ser concedida pela Comissão contra o Brasil em decorrência do caso *Kíss*. Passados mais de 90 dias desde a concessão da medida cautelar, todavia, a mencionada suspensão de liminar não andou mais em nossa Suprema Corte.

O *HC* sempre foi e precisa continuar sendo o esteio da Democracia. Sobretudo em "tempos estranhos" – para usarmos uma expressão consagrada pelo Min. **Marco Aurélio**. Negar o direito de *HC* a quem quer que seja significa negar a própria história de nosso STF, conforme visto acima.

O caso é mesmo de se reestabelecer imediatamente a garantia do *HC* aos acusados pelo incêndio da Boate *Kíss*, determinando-se o imediato cumprimento do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e, assim, garantir a liberdade dos acusados, nos termos do art. 5º, LXVIII c/c art. 647, CPP. Se isso não acontecer, é certo que há chances de que o Brasil sofra sanções no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (Comissão e Corte) por possível violação aos artigos 25.1 e 7.6 c/c art. 27.2 do Pacto de São José da Costa Rica (CADH). Essa mera possibilidade, com efeito, já transforma o processo subjetivo do caso *Kíss* num julgamento de repercussão e interesse de toda a comunidade jurídica.

Fundamental para desatar esse nó, entretanto, é a liberação do caso para julgamento em Plenário, o que depende, justamente, da discricionariedade do Ministro Presidente.

Urge que o STF se reencontre com sua jurisprudência e sua história. O *HC* vem sofrendo duros e reiterados golpes, mas o papel daqueles que estão comprometidos com os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 segue sendo bastante claro.

"O HC SEMPRE FOI E
PRECISA CONTINUAR
SENDO O ESTEIO
DA DEMOCRACIA.
SOBRETUDO EM
'TEMPOS ESTRANHOS'
– PARA USARMOS
UMA EXPRESSÃO
CONSAGRADA PELO
MIN. MARCO AURÉLIO."

Notas

- 1 Trecho do voto da Min. Cármen Lúcia.
- 2 Trecho do voto do Min. Celso de Mello.
- 3 Exemplo recente, com efeito, foi o malfadado pacote "Dez Medidas Contra a

Corrupção", capitaneado pela Força-Tarefa da Lava-Jato de Curitiba. Disponível em: https://dezmedidas.mpf.mp.br/campanha/documentos/medidas-anticorrupcao_versao-2015-06-25.pdf, p. 37 e ss.

Referências

BADARÓ, Gustavo. *Manual dos recursos penais*, São Paulo, Saraiva, 2017.
BARBOSA, Rui. *O habeas-corpus. Obras Completas de Rui Barbosa*, Rio de Janeiro, MEC/Fundação Casa de Rui Barbosa, 1981. v. 42, tomo II, 1915.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-Corpus* nº 110.118/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ ac. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe 8 ago. 2012.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-Corpus* nº 152.752/PR, Rel. Min. Edson Fachin, Plenário, J. 22 mar. 2018.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Suspensão da Liminar 1.504*. Rel. Min. Luiz Fux, dec. mon, 14 dez. 2021.
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). *Opinião Consultiva OC-8/87*, de 30 de janeiro de 1987. O *Habeas Corpus* face a suspensão de garantia (arts. 27.2, 25.1 e 7.6). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf Acesso em: 20 dez. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). *Caso Suárez Ro- sero v. Equador*, sentença de mérito de 12 de novembro de 1997. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/36b15a58a41a220027b36a1b165182f6.pdf> Acesso em: 20 dez. 2021.
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). *Caso Lópes Álvarez v. Honduras*, Sentença de mérito, Reparações e Custas, de 1º de fevereiro de 2006. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/1fd1d4af16569a345e-837bd0ce47ce9d9.pdf> Acesso em: 20 dez. 2021.
MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Que saudade do AI-5! *Folha de S. Paulo*, 21 ago. 2007. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2108200709.htm> Acesso em: 20 dez. 2021.
RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Recebido em: 06.04.2022 - Aprovado em: 09.06.2022 - Versão final: 12.07.2022

EXAME CRIMINOLÓGICO, DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA E NEGACIONISMO CIENTÍFICO: NOTAS CRÍTICAS SOBRE O PROJETO DE LEI 2.213/2021

*CRIMINOLOGICAL EXAMINATION, EMERGENCY CRIMINAL LAW AND SCIENTIFIC
DENIALISM: CRITICAL NOTES ON BILL 2.213/2021*

Patrick Cacicedo

Pós-doutorando, doutor e mestre em Direito Penal pela USP.
Defensor Público do Estado de São Paulo.
Coordenador do Departamento de Sistema Prisional do IBCCRIM.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6868425451997606>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5623-8224>
patrickcacicedo@gmail.com

Resumo: O exame criminológico é um polêmico instituto do direito de execução penal que frequentemente retorna ao debate, seja em casos de repercussão midiática, seja em tentativas de inseri-lo na legislação penal. O presente artigo analisa criticamente os problemas científicos e político-criminais de sua inserção na Lei de Execução Penal brasileira como mecanismo de Direito Penal de emergência, cujas consequências sobre a liberdade podem ser drásticas e impulsionar ainda mais o processo de encarceramento em massa.

Palavras-chave: Exame criminológico – Direito Penal de Emergência – Negacionismo Científico – Política Criminal – Execução Penal.

Abstract: The criminological examination is a controversial institute of the law of criminal execution that frequently returns to the debate, either in cases of media repercussion, or in attempts to insert it into criminal legislation. This article critically analyzes the scientific and political-criminal problems of its insertion in the Brazilian Penal Execution Law as an emergency criminal law mechanism whose consequences on freedom can be drastic and further boost the process of mass incarceration.

Keywords: Criminological Examination – Emergency Criminal Law – Scientific Denialism – Criminal Policy – Criminal Execution.

1. Introdução

Figura controversa no Direito de Execução Penal brasileiro, o chamado exame criminológico constitui uma ferramenta que, na prática, converteu-se em um exame de prognose delitiva cujos problemas no cumprimento da pena não são menores. Por meio dele, objetiva-se atestar se a pessoa presa tem condições de exercer algum direito que flexibilize seu estado de liberdade sem que pratique novos crimes. Trata-se, pois, na realidade concreta, de um exame para atestar a periculosidade do sujeito, noção cuja raiz na criminologia positivista é inegável (INÁCIO; ALBUQUERQUE; VALANDRO, 2020).

Seu histórico no Direito brasileiro é conturbado e complexo. À margem da lei, é autorizado em determinados casos sem que quaisquer de seus objetivos declarados sejam comprovados. Em verdade, o exame criminológico dispõe de objetivos outros que revelam seu caráter autoritário e violador de direitos no campo da execução penal. O debate em torno dele é constante, e não faltam projetos de lei para aumentar sua incidência durante o cumprimento de penas.

O último e mais relevante deles é o Projeto de Lei 2.213/2021, que pretende alterar a Lei de Execução Penal (LEP) para “estabelecer como condição necessária para a progressão ao regime aberto e da concessão do benefício da saída temporária a aplicação do exame criminológico.” Proposto a partir de um caso criminal de grande repercussão, o projeto é mais uma representação do Direito Penal de emergência e da irracionalidade punitiva que acompanha a política criminal brasileira nas últimas décadas.

2. O exame criminológico na Execução Penal brasileira

Há uma figura recorrente nos sistemas progressivos de Execução Penal, que a despeito de configuração e nomenclatura particulares em cada país, segue lógica semelhante em seus propósitos: o exame de prognose delitiva. Trata-se de um exame que condiciona o exercício de direitos do sistema progressivo e tem como escopo aferir se o sentenciado voltará a delinquir. Assim, para que um direito como a progressão de regime possa ser exercido, por exemplo, exige-se, além dos requisitos legais, a elaboração de um exame para que se comprove que o sujeito não voltará a praticar crimes, além de outros propósitos complementares como a aferição de que

a pena cumpriu seus efeitos sobre ele, notadamente a tarefa de ressocialização.

O exame encontra objeções a partir de diversas perspectivas. De forma geral, não resiste a um exame epistemológico; no Brasil, em particular, não ultrapassa sequer a escala da legalidade.

O percurso de semelhante exame no Brasil é efetivamente conturbado. O modelo original da Lei de Execução Penal previu duas formas de exames a serem realizados pela pessoa presa no curso da execução da pena. O primeiro deles é o exame criminológico, cujos propósitos são expressos: "para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução" (art. 8º). Sua formulação responde a fins classificatórios para consequente propositura de um programa individualizador da pena privativa de liberdade (SÁ, 2014, p. 210), ou seja, construir um programa concreto para que cada pessoa cumpra uma pena de forma individualizada de acordo com suas características.

Tal exame, vigente desde a redação original da LEP, está a cargo da Comissão Técnica de Classificação (CTC), composta por profissionais da psiquiatria, psicologia, assistência social, além de pessoal da administração prisional. Na prática da Execução Penal brasileira referido exame não existe, tal qual qualquer programa individualizador da pena, que é cumprida de maneira indistinta nos depósitos humanos que representam as prisões.

Além dele, a redação original da LEP previu a possibilidade de elaboração de um parecer pela CTC, que poderia ser exigido juntamente ao exame criminológico para análise do pedido de progressão de regime quando se justificasse a necessidade. Na prática, tal parecer se conformou em verdadeiro exame de prognose delitiva e passou a ser denominado vulgarmente como exame criminológico. No entanto, uma reforma legislativa realizada em 2003 suprimiu o dispositivo que permitia a exigência tanto do parecer da CTC quanto do exame criminológico para a análise da progressão de regime, restando apenas os requisitos temporal e comportamental.

Desde então não existe fundamento legal para condicionar a progressão de regime a qualquer tipo de exame, mormente porque nenhum deles retornou à legislação mesmo após diversas reformas sofridas pela LEP. Contudo, na ausência de substitutivos para desempenhar sua função real de negativa de direitos quando presentes os requisitos legais, foi justamente pela burla da legalidade que o exame não deixou de existir na prática.

A supressão de sua exigência em lei deixou a prática autoritária da Execução Penal sem um mecanismo tão poderoso de controle da população prisional, o que levou os operadores da repressão penal a utilizarem-no mesmo à margem da lei. A questão chegou aos tribunais superiores, que em dupla violação da legalidade ripristinaram a possibilidade de exigência de exame para progressão de regime,

denominando de exame criminológico o exame de prognose delitiva, mesmo com sua definição e objetivos específicos em lei.

No plano concreto, a súmula vinculante 26 do Supremo Tribunal Federal e a súmula 439 do Superior Tribunal de Justiça restabeleceram exigência extinta por lei e transformaram a natureza de um exame individualizador da pena em mecanismo de repressão ilegítimo, apenas com a ressalva de que sua exigência deve ser fundamentada, e não automática.

Além do plano da legalidade, o exame de prognose delitiva, vulgarmente instituído como exame criminológico, não resiste a críticas no plano epistemológico (RAUTER, 2003, p. 84). Porque fundado em premissas cientificamente erradas, seus resultados declarados não podem ser alcançados. Forjado nos ideais do positivismo criminológico, que toma o criminoso com características inatas da criminalidade, e a prisão como mecanismo de reforma do sujeito, o exame criminológico deve aferir se a prisão recuperou o sujeito a ponto de responder se voltará a delinquir. Assim, se não recuperado – ou irrecuperável –, não pode usufruir dos direitos do sistema progressivo.

Persiste uma aposta em premissas demonstradas equivocadas secularmente e que somente poderiam culminar em um impossível exercício de futurologia na suposta medição da periculosidade. O exame criminológico é incapaz de realizar o propósito a que é destinado, já que a prognose de comportamento criminoso futuro é impossível. A despeito de sua inutilidade científica, atinge propósitos outros, não declarados, especialmente o controle punitivo de uma categoria de presos tida como perigosos e violação de Direitos Humanos no curso da Execução Penal.

Não fosse apenas inútil, o exame criminológico é ainda eticamente reprovável, posto que instrumentaliza à serviço da punição profissionais que

deveriam trabalhar para a população prisional a fim de reduzir suas vulnerabilidades naquele ambiente, como psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais (BANDEIRA; CAMURI; NASCIMENTO, 2011; SILVA, 2018, p. 48). Normas éticas como o sigilo profissional, cuidado com o paciente, impossibilidade de prognose comportamental delitiva, dentre outras, são violadas quando o profissional não está a serviço daquele que é examinado, mas como representante do sistema punitivo, notadamente dos agentes de repressão do sistema de justiça criminal (CARVALHO, 2007, p. 163).

Além de imprestável e antiético, sob o ponto de vista jurídico, viola as garantias fundamentais previstas na Constituição e Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Além de todo o espectro de violações típicas de um Direito Penal de autor característico do positivismo criminológico, como o juízo almejado pelo exame é empiricamente indemonstrável, resta inviabilizado o direito ao contraditório e violado, por consequência, o devido processo legal (FERRAJOLI, 2016, p. 3). Não há um só ângulo que permita legitimar

"FORJADO NOS IDEAIS
DO POSITIVISMO
CRIMINOLÓGICO, QUE
TOMA O CRIMINOSO COM
CARACTERÍSTICAS INATAS
DA CRIMINALIDADE, E A
PRISÃO COMO MECANISMO
DE REFORMA DO SUJEITO,
O EXAME CRIMINOLÓGICO
DEVE AFERIR SE A PRISÃO
RECUPEROU O SUJEITO A
PONTO DE RESPONDER SE
VOLTARÁ A DELINQUIR."

esse tipo de avaliação no curso da Execução Penal regida sob uma ordem constitucional democrática.

Ademais, no cotidiano da Execução Penal, a falta de profissionais para a realização do exame acaba por ser mais um elemento a retardar o processo de Execução Penal, um dos principais problemas desse campo do direito. Com efeito, o moroso e inoperante cotidiano do juízo da Execução Penal no Brasil produz efeitos concretos no direito de liberdade das pessoas sob sua jurisdição, uma vez que os pedidos de efetivação de direitos do sistema progressivo demoram meses ou anos para serem analisados, em frontal violação aos prazos legais e à determinação constitucional de duração razoável do processo. Quando se exige o exame criminológico o retardamento da análise dos pedidos no processo de Execução Penal é ainda maior. Assim, ainda quando favorável ao condenado, o exame provoca uma ilegalidade, que é justamente a permanência em regime mais gravoso de mais tempo do que aquele determinado em lei.

3. O Projeto de Lei 2.213/2021 e o Direito Penal de emergência

A justificativa do Projeto de Lei 2.213/2021 traz expressamente o caso de repercussão midiática nacional que o motivou:

É o caso de Lázaro Barbosa de Sousa, acusado de matar uma família de quatro pessoas em Ceilândia pai, mãe e filhos, invadir chácaras, fazer reféns, atear fogo em carro e casa e baleiar três vítimas. Com o histórico de estupros, assassinatos, violência, agressões, roubos e fugas de presídios desde 2009, ano em que foi preso pela primeira vez, o detento ganhou liberdade em março de 2016, apesar de ser considerado pessoa agressiva, impulsiva, instável e com “preocupações sexuais”, conforme o laudo psicológico elaborado no Complexo Penitenciário da Papuda em 2013 (BRASIL, 2021, p. 3).

No campo político-criminal, esse é mais um exemplo do que se convencionou chamar de Direito Penal de emergência. Esse movimento político-criminal se reproduziu em diversos países com uma inflação legislativa em momentos de apelo social influenciada pelos meios de comunicação (CACICEDO; ALMEIDA, 2020, p. 8). Em geral, problemas preexistentes são construídos como uma emergência a partir de algum caso específico, que ganha projeção midiática, e propõe-se como solução o aumento do rigor da lei penal, tal como no Projeto de Lei em tela.

Nesse sentido, para acalmar os reclamos pela solução da emergência criada, o aumento do rigor punitivo revela-se como resposta única a problemas que historicamente não é capaz de resolver. Ao longo do tempo, seus efeitos declarados não se comprovam, mas as modificações legislativas resistem como entulho autoritário na legislação penal. Esse é o caso do regime disciplinar diferenciado, criado pela Lei 10.792/2003 em resposta à pressão midiática e política que decorreu de rebeliões em presídios em São Paulo e no

Rio de Janeiro. Desde então, as facções prisionais restaram ainda mais fortalecidas e rebeliões e massacres ocupam o noticiário brasileiro com infeliz frequência (IBCCRIM, 2019).

O Projeto de Lei 2.213/2021 é, pois, mais um exemplo desse mesmo movimento de política criminal. Em seu conteúdo, passa a exigir a realização de “exame criminológico a fim de avaliar a personalidade do apenado, se houve arrependimento em relação ao crime que cometeu e eventual possibilidade de reincidir na prática de delitos” (BRASIL, 2021, p. 3), conforme expõe sua justificativa.

Propõe a alteração dos artigos 112, § 1º, 114 II, 122, § 2º e 123, I, da Lei de Execução Penal, para condicionar a concessão de progressão ao regime aberto e saída temporária a exame criminológico. Seu objetivo declarado é constatar se o condenado possui “fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina, baixa periculosidade, e senso de responsabilidade, ao novo regime” (BRASIL, 2021, p. 1). A referência à “baixa periculosidade” é novamente repetida como exigência para a saída temporária.

Não se trata, com efeito, de qualquer tentativa de superar o alegado déficit de legalidade referido acima, senão ampliar as hipóteses de sua realização, adicionando novas hipóteses àquelas autorizadas pelos tribunais superiores. O Projeto de Lei deixa claro, ainda, que a natureza do exame proposto é realmente de prognose delitiva e aferição de periculosidade, deixando exposta e clara sua raiz no positivismo criminológico, constantemente renovado.

4. Conclusão

O Direito Penal de emergência não descansa. Uma vez mais um Projeto de Lei baseado em exploração de caso midiático toma o parlamento com endurecimento do rigor penal. No caso em tela, contudo, trata-se de projeto cujos efeitos são desastrosos para o já superlotado sistema carcerário brasileiro.

Incapaz de cumprir seus objetivos declarados, posto que irrealizáveis cientificamente, o incremento do exame de prognose delitiva na Execução Penal terá como efeito real impulsionar o processo de encarceramento em massa brasileiro. Se implementado, resultará em mais atraso na concessão de direitos subjetivos do sistema progressivo de Execução Penal, bem como na maior negativa deles.

O negacionismo científico tem nesse projeto de lei a sua marca mais evidente. No plano jurídico, sua inconstitucionalidade e inconveniência são elementos que indicam a necessidade de sua rejeição pelo Congresso Nacional. Para além dele, chegou o momento de os tribunais brasileiros retomarem o debate sobre o chamado exame criminológico para que corrijam os rumos do negacionismo científico, que não mora apenas no Palácio do outro lado da Praça dos Três Poderes.

Referências

BANDEIRA, Maria Márcia Badaró; CAMURI, Ana Claudia; NASCIMENTO, Aline Ribeiro. Exame criminológico: uma questão ética para a psicologia e para os psicólogos. *Mnemosine*, v. 7, n. 1, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 2.213/2021*. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para estabelecer como condição necessária para a progressão ao regime aberto e da concessão do benefício da saída temporária a aplicação do exame criminológico. Em andamento.

CACICEDO, Patrick; ALMEIDA, Bruno Rotta. Emergências, Direito Penal e Covid-19: por um direito penal de emergência humanitário. *Boletim do IBCCRIM*, n. 335, p. 8, out. 2020.

CARVALHO, Salo. O (novo) papel dos “criminólogos” na execução penal: as alterações estabelecidas pela Lei 10.792/03. In: CARVALHO, Salo (org.). *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 163.

FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdição y ejecución penal*. La cárcel: una contradicción institucional.

Revista Crítica y Poder, Barcelona, n. 11, 2016, p. 3.

IBCCRIM. Dos massacres e dos lucros: a lógica privatista, a irresponsabilidade judicial e a banalidade do extermínio nas prisões. *Boletim do IBCCRIM*, Editorial, n. 320, jul. 2019.

INÁCIO, Mariana Securin; ALBUQUERQUE, Carolina de; VALANDRO, Caroline Linck Pinto. O exame criminológico como retorno à criminologia positivista. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, 2020.

RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

SÁ, Alvaro Augusto de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Rodrigo Augusto Tadeu Martins Leal da. *Exame criminológico: estratégias, resistências e o curto-circuito do conservadorismo*. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

Recebido em: 21.06.2022 - Aprovado em: 11.07.2022 - Versão final: 17.07.2022

ABOLIÇÃO DA PROVA ILÍCITA: O COMPARATISMO E A DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA

ABOLISHING THE EXCLUSIONARY RULE: COMPARATISM AND DECONSTITUTIONALIZATION OF
EXCLUSIONARY RULE

Ricardo Jacobsen Gloeckner

Pós-Doutor pela Universidade Federico II; Doutor em Direito pela UFPR; Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC-RS. Coordenador da Especialização em Ciências Penais da PUC-RS. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2085174043653648>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1205-380X>

ricardogloekner@hotmail.com

Resumo: O artigo tenta demonstrar como o comparativismo como ferramenta metodológica e o recente giro desconstitucionalizante produzido pela Suprema Corte americana são usados de uma forma certamente incorreta no Processo Penal. O uso equivocado do direito comparado como um índice epistêmico contribuiu para aumentar as brechas nas garantias processuais penais, principalmente a prova ilícita. A importação de “regras de inclusão” significa uma operação disfarçada rumo à abolição destas regras probatórias.

Palavras-chave: Processo Penal - Prova Ilícita - Direito Comparado.

Abstract: The article intends to show how comparativism as a methodological tool and the ultimate deconstitutionalization turn of exclusionary rules produced by U.S. Supreme Court are used in a certainly wrong way in criminal procedure. The misuse of comparative law as an epistemologic index has contributed to increase breaches in criminal procedure guarantees, mainly the exclusionary rule protection. The importation of “inclusionary rules” means a disguised operation into the abolition of these kind of evidence rules.

Keywords: Criminal Procedure - Exclusionary Rule - Comparative Law.

Uma das temáticas centrais em torno da prova é a tensão existente entre procedimentos para a sua produção, métodos de obtenção e temas que podem ser ou não admitidos no processo. De fato, em torno destas questões o sistema anglo-saxão desenvolveu, mediante práticas coligadas ao Tribunal do Júri, um direito probatório, que atualmente se reveste de natureza disciplinar em algumas escolas de direito (TWINING, 2006). Um caso clássico de discussão sobre proibição probatória no século XVIII era a tortura, admitida por **Bentham**, que se caracterizou, ao longo de sua produção, pela primeira elaboração sistemática em favor da abolição das regras probatórias (TWINING; TWINING, 1973, p. 308). Prova seria liberdade. Posição similar pode ser encontrada em **Sentís Melendo** (1979, p. 336), para quem “direito e probatório, esse substantivo e este adjetivo são termos antagônicos. A prova é liberdade; e quando o direito tenta submetê-la a normas rígidas, deixa de ser prova para se converter, senão em uma caricatura, em algo que já não é prova”.

As diversas reformas processuais que se sucederam na Europa e na América Latina (RODRÍGUEZ-GARAVITO *apud* DEZALAY; GARTH, 2011) em torno do Processo Penal acabaram, em maior ou menor medida, abraçando duas características importantes do direito norte-americano: uma configuração das provas ilícitas tomando-se como modelo as regras de exclusão desenvolvidas pela Suprema

Corte dos Estados Unidos; um modelo de adversarialismo calcado no sistema da negociação, em que o *plea bargaining* acaba se tornando o próprio sistema de justiça criminal, na feliz expressão de **Scott e Stuntz** (1992, p. 1912).

A expansão das regras de exclusão aos demais países – mormente por meio de uma “difusão a partir da periferia” (LANGER, 2017, p. 11) – carregou consigo dois problemas bastante importantes. O primeiro deles corresponde ao processo de “desconstitucionalização da prova ilícita”, que já se iniciou na década de 1970 nos Estados Unidos e se consumou plenamente na Corte Burger e na Corte Roberts. Por desconstitucionalização da prova ilícita compreende-se o fenômeno a partir do qual as regras de exclusão é que se tornaram verdadeiras exceções diante da expansão das limitações ao reconhecimento da ilicitude. Originariamente, a compreensão acerca do fundamento das regras de exclusão atribuía a natureza de garantia constitucional, como nos casos *Boyd*, *Weeks* e *Mapp*. Além deste fundamento que parece ser o mais relevante, a partir do caso *Elkins v. United States*,¹ de 1960, a Suprema Corte norte-americana se referiu a um fundamento subsidiário: as regras de exclusão deveriam atender também ao preceito de que o Estado não pode cometer crimes para combater outros. A preservação de conduta ética do Estado por intermédio de seus agentes públicos estava

na raiz do fundamento de que as regras de exclusão contribuíam para a garantia da integridade judicial (*judicial integrity principle*) (MIRANDA ESTRAMPES, 2019, p. 37).

A situação mudará drasticamente na metade dos anos 1970, quando a Suprema Corte norte-americana abandona os fundamentos constitucionais das regras de exclusão. Iniciava-se ali um processo de progressiva desconstitucionalização dos fundamentos atribuídos às regras de exclusão e, obviamente, às próprias regras. O uso de argumentos pragmáticos será a tônica a partir de então (MIRANDA ESTRAMPES, 2019, p. 39). A partir do caso *United States v. Calandra*, julgado em 1974, as regras de exclusão passarão a ser tratadas como um remédio de criação jurisprudencial, destinado à salvaguarda dos direitos relativos à IV Emenda, mediante um efeito preventivo sobre as atuações policiais (MIRANDA ESTRAMPES, 2019, p. 40). Também é oportuno referir que a Suprema Corte se valerá, a fim de estabelecer os fundamentos do caso, de uma técnica ponderativa na qual são sopesados os benefícios sociais da exclusão da prova ilícita e os seus custos sociais. Em *United States v. Janis*,² de 1976, mediante a ponderação de interesses, a decisão da Suprema Corte estabeleceu que a principal finalidade das regras de exclusão seria tão somente evitar futuras condutas policiais ilícitas. Foi justamente o uso da técnica de ponderação de interesses, que analisa os benefícios da proteção contra buscas irrazoáveis – em termos de efeito dissuasório dos agentes policiais – e os custos da perda probatória, que acabou por dar lugar, como consequência prática, a uma restrição significativa ao uso das regras de exclusão como resposta às violações constitucionais. A conclusão geral é a de que em não havendo efeito preventivo, não haveria espaço para as regras de exclusão (MIRANDA ESTRAMPES, 2019, p. 48). A desconstitucionalização da prova ilícita (especialmente nos julgados sucessivos à Corte Warren) estabeleceu um período de redução das regras de exclusão, privando de fundamento a doutrina estabelecida em *Mapp v. Ohio* (MIRANDA ESTRAMPES, 2019, p. 46).

O segundo problema detectado é que esta espécie de globalização da cultura jurídica norte-americana permitiu um uso inadequado, antietimológico e epistemologicamente pobre do direito comparado. O traslado das regras de exclusão norte-americanas a partir das modificações introduzidas pela Corte Burger oferece um mecanismo de importação desconstitucionalizada de tais regras. Isso pode ser perfeitamente observável na reforma processual penal brasileira de 2008, em que uma comissão de juristas protagonizou uma das mais deletérias formas de restrição de uma norma constitucional, introduzindo exceções fora do alcance normativo do art. 5º, LVI da CF, consubstanciadas nos parágrafos do art. 157 do CPP. A malsucedida e imprecisa importação das exceções norte-americanas não levou em conta que as regras de exclusão, nos Estados Unidos, são o fruto da interpretação conferida pela Suprema Corte à Quarta e à Sexta Emendas. As discussões em torno de “efeitos preventivos” das regras de exclusão contra possíveis ações irregulares da polícia perdem qualquer sentido no Brasil, posto que a configuração normativa em um e outro país tornaria irreconciliáveis quaisquer pretensões de fungibilidade. Não se pode atribuir ao conteúdo constitucional qualquer espécie de instrumentalismo preventivo, justamente pelo fato de que, ao contrário dos Estados

Unidos (cuja construção das regras de exclusão deriva da proteção contra buscas irrazoáveis), a inadmissibilidade da prova ilícita no Brasil não se subordina a critérios ponderativos que procuram analisar os custos sociais das regras de exclusão.

Pode-se dizer que neste tema há a prevalência de um comparatismo mambembe protocientífico que também não hesita em traçar possíveis comparações com julgados proferidos pela Corte Constitucional alemã, país que não dispõe de qualquer espécie de regulação constitucional quanto à prova ilícita. Tanto que a discussão em torno do “efeito à distância” (cujo desenho é similar à doutrina dos frutos da árvore venenosa norte-americana) é ainda irresoluta no quadrante jurisprudencial alemão, o que não deixa de indicar o baixo desenvolvimento dogmático do tema neste país. Além deste problema, deve-se registrar que dogmaticamente as linhas de estruturação do instituto das proibições de prova não podem ser tratadas de forma contígua ao modelo norte-americano. As “proibições de prova” seriam, nos dizeres de **Beling** (*apud* BELING; AMBOS; GUERRERO, 2009, p. 5), restrições criadas pelo próprio Estado e por ele autoimpostas. Neste sentido, diversamente do modelo norte-americano, a funcionalidade de tais regras orienta-se para garantir

direitos fundamentais e preservar a integridade constitucional, especialmente o *fair trial* (AMBOS *apud* BELING; AMBOS; GUERRERO, 2009, p. 61). Assemelha-se, portanto, aos primeiros casos julgados pela Suprema Corte norte-americana (casos *Boyd*, *Weeks* e *Mapp*) centrados nas regras de exclusão como garantias constitucionais, protetivas do devido processo e secundariamente, objetivando a integridade judicial. De uma forma esquemática, pode-se dizer que as proibições de produção de prova limitam a busca da verdade em ao menos três direções: a) proibição de investigar determinados temas;

b) a proibição de emprego de determinados meios probatórios; e c) a proibição de utilização de certos métodos probatórios. Além disso é possível falar-se também em proibições de utilização de provas, que limitam o uso jurídico de provas já obtidas (AMBOS *apud* BELING; AMBOS; GUERRERO, 2009, p. 65). De acordo com **Aguilera Morales**, o objetivo das proibições de prova é servir de proteção a direitos fundamentais, preservando assim, a “pureza do processo” (*Reinheit des Verfahrens*) (AGUILERA MORALES *apud* BACHMAIER WINTER, 2008, p. 78). O objetivo das proibições de prova em um sistema continental não seria o de prevenir más condutas policiais, mas a proteção objetiva de direitos – em especial dos direitos fundamentais – a partir do próprio direito processual. Não se trata de um fundamento teleológico como o norte-americano, mas constitucional (AGUILERA MORALES *apud* BACHMAIER WINTER, 2008, p. 83).

Não é difícil encontrar-se afirmações de que em todos os sistemas processuais existem exceções às regras de exclusão. E, diante de tal fato, também se deveria relativizar a regra constitucional brasileira. Tais afirmações são, em realidade, confissões de ausência de profundidade e falta de estudo sério sobre o tema. O art. 177, § 2º do Código de Processo Penal Grego estabelece um sistema de exclusão automática da prova ilicitamente obtida (TURNER; WEIGEND *apud* GLESS; RICHTER, 2019, p. 256; GIANNIPOULOS, 2007, p. 181-212). Sem exceções. Portanto, o argumento de que não há sistemas absolutos de exclusão probatória é mais o produto de falta de

"[...] A INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO BRASIL NÃO SE SUBORDINA A CRITÉRIOS PONDERATIVOS QUE PROCURAM ANALISAR OS CUSTOS SOCIAIS DAS REGRAS DE EXCLUSÃO."

comprometimento científico do que qualquer outra coisa.

Recentemente, com o projeto Dez Medidas Contra a Corrupção, postulou-se a criação de inúmeras exceções à prova ilícita brasileira, com especial atenção para a doutrina da boa-fé, que tem a maior amplitude das *inclusionary rules*. O fenômeno não raras vezes é justificado a partir dos custos sociais de uma absolvição “injusta”, conformando um cenário de estrangulamento de normas constitucionais protetivas. Vejamos os dados. Nos Estados Unidos, estima-se que os tribunais federais excluam provas apenas em 1,3% de todos os casos ajuizados pelos promotores e moções de supressão da prova baseadas em buscas ilegais obtiveram êxito em apenas 0,7% de todos os casos criminais. Além disso, promotores que atuam no âmbito federal deixaram de oferecer denúncia em casos de prisões baseadas em buscas ilegais em apenas 0,2% dos casos (sob o temor de perder a prova) (ALSCHULER, 2008, p. 1375; DAVIES, 1983). Em estudo de **Nardulli** (1987, p. 230), a taxa de sucesso nas moções para a supressão de prova foi – contando todos os Estados analisados pelo autor –, de apenas 1,7%. No ano de 2003, uma pesquisa conduzida pelo Instituto Nacional de Justiça concluiu que apenas 0,84% dos casos foram de alguma forma “prejudicados” pela aplicação de uma regra de exclusão (EUSAMIO MAZAGATOS; SÁNCHEZ RUBIO, 2016, p. 180). Portanto, o segundo argumento levado a cabo pelos abolicionistas da prova ilícita – o da insegurança social causada pela colocação em liberdade de criminosos – é uma vez mais, decorrente do parco comprometimento científico de seus ideólogos e da vulgarização do senso comum jurídico.

Como se as coisas não fossem suficientemente ruins diante do panorama acima apontado, deparei-me com uma tese de doutorado que propõe acrescer maior espectro ao campo da excepcionalização da prova ilícita mediante o recurso à noção de “justo título” (FALCÃO JÚNIOR, 2021), importada desde o direito romano e que dispõe de aplicabilidade no direito privado. O argumento que gira em torno desta figura apócrifa do Processo Penal seria a elaboração/criação de um “espaço argumentativo”, no qual seriam expostos “fundamentos relevantes” como a “boa-fé”, “gravidade do crime”, “compensação de danos para a parte contra a qual foi usada a prova”. Este “justo título” seria o espaço anterior ao

exame da aplicação das exceções à prova ilícita (no caso brasileiro, a fonte independente e a descoberta inevitável).

A utilização de teorias argumentativas em nada colabora com qualquer possibilidade de agregar, ao espaço decisório, a propagandeada “segurança jurídica”. Pelo contrário, serve como mote para incremento, maximização e normalização da excepcionalidade que afasta regra protetiva prevista na Constituição. Que se recorra a uma categoria do período formulário do direito romano para, por meio de um uso espúrio, aumentar os espaços de discricionariedade judicial parece de todo dispensável. Gravidade do crime não tem qualquer adminículo relacional com o tema de prova. A boa-fé como “regra de inclusão” já foi adotada pela Suprema Corte norte-americana em 1984, no caso *United States v. Leon*.³ Diga-se de passagem, que a ampliação desmedida da exceção da boa-fé e de suas variantes culminou por converter as regras de exclusão em um último recurso, dotado de um caráter absolutamente excepcional (MIRANDA ESTRAMPES, 2019, p. 53). Aliás, a menção do juiz **Scalia** em *Hudson v. Michigan* foi exatamente neste sentido, ocasionando a ampliação do uso de técnicas ponderativas nos tribunais inferiores, com análises caso a caso (DAVIES; SCANLON, 2008) e em efeito cascata.

Ademais, a afirmação carreada na tese de que se deveria analisar “mecanismos de compensação” alternativos às regras de exclusão também podem ser encontrados em *Hudson v. Michigan* e no caso *Herring v. United States*.⁴

Seria mais honesto propor-se a abolição das provas ilícitas. A “tese” acima mencionada, ao propor um instituto do Direito Romano como mecanismo auxiliar a uma teoria argumentativa aplicada sobre a prova ilícita não contribui absolutamente em nada. Não passa de um sincretismo anacrônico que procura mesclar institutos que não dispõem da menor conexão. Todavia, representa muito bem o quadro geral do Processo Penal brasileiro, em que todos os argumentos passam a ser considerados válidos se o escopo de atenuar as garantias fundamentais do imputado for alcançado. Abolir a prova ilícita de forma paramétrica ao sucedido nos Estados Unidos é um dos cenários que se avizinham. Esforços neste sentido não têm faltado.

Notas

¹ *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206 (1960).

² *United States v. Janis*, 428 U.S. 433 (1976).

³ *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

⁴ *Herring v. United States*, 555 U.S. 135, 129 S. Ct. 695 (2009).

Referências

AGUILERA MORALES, Marien. Regla de exclusión y acusatorio. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

ALSCHULER, Albert. Studying the exclusionary rule: an empirical classic. In *The University of Chicago Law Review*, v. 75, n. 4, 2008.

AMBOS, Kai. Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán. In: BELING, Ernst von; AMBOS, Kai; GUERRERO, Óscar Julián. *Las prohibiciones probatorias*. Bogotá: Temis, 2009.

BELING, Ernst von. Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal. In: BELING, Ernst von; AMBOS, Kai; GUERRERO, Óscar Julián. *Las prohibiciones probatorias*. Bogotá: Temis, 2009.

DAVIES, Sharon L.; SCANLON, Anna B. Katz in the age of *Hudson v. Michigan*: some thoughts on “Suppression as last resort”. *University of California Davis Law Review*, v. 41, 2008.

DAVIES, Thomas Y. A hard look at what we know (and still need to learn) about the “costs” of the exclusionary rule: the NIJ study and other studies of “lost” arrests. *American Bar Foundation Research*, v. 611, n. 660, 1983.

EUSAMIO MAZAGATOS, Ester; SÁNCHEZ RUBIO, Ana. *La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

FALCÃO JÚNIOR, Alfredo Carlos Gonzaga. *O justo título da relativização da prova ilícita: metodologia de aplicação da regra de calibragem do sistema jurídico*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2021.

GIANNIPOULOS, Dimitrios. The exclusion of improperly obtained evidence in Greece: putting constitutional rights first. In *The International Journal of Evidence & Proof*,

n. 11, 2007.

LANGER, Maximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 37, 2017.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense: crónica de una muerte anunciada*. Madrid: Marcial Pons, 2019.

NARDULLI, Peter F. The societal costs of the exclusionary rule revisited. *University of Illinois Law Review*, n. 2, 1987.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Toward a sociology of the global rule of law field: neoliberalism, neoinstitutionalism, and the contest over judicial reform in Latin America. In: DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant G. *Lawyers and the rule of law in an era of globalization*. Abingdon: Routledge, 2011.

SCOTT, Robert E.; STUNTZ, William J. Plea-bargaining as contract. *Yale Law Journal*, v. 101, 1992.

SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba*. Buenos Aires: EJE, 1979.

TURNER, Jenia Iontcheva; WEIGEND, Thomas. The purposes and functions of exclusionary rules: a comparative overview. In: GLESS, Sabine; RICHTER, Thomas. *Do exclusionary rules ensure a fair trial? A comparative perspective on evidentiary rules*. Cham: Springer, 2019.

TWINING, William. *Rethinking evidence: exploratory essays*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

TWINING, William L.; TWINING, P. E. Bentham on torture. *Northern Ireland Legal Quarterly*, v. 24, n. 3, 1973.

Autor convidado

TEMA:

DA PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA, SOB ALENTE DO CRITÉRIO ETÁRIO, NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.

Superior Tribunal de Justiça

Ementa: RECURSO ESPECIAL. **PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.** 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse voluntariamente ao ato sexual (EREsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010). (...) 3. Os fundamentos empregados no acórdão impugnado para absolver o recorrido seguiram um padrão de comportamento tipicamente patriarcal e sexista, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitiva, para, somente a partir daí, julgar-se o réu. 4. A vítima foi etiquetada pelo "seu grau de discernimento", como segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que "nunca manteve relação sexual com o acusado sem a sua vontade". **Justificou-se, enfim, a conduta do réu pelo "discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento", não se atribuindo qualquer relevo, no acórdão vergastado, sobre o comportamento do réu, um homem de idade, então, superior a 25 anos e que iniciou o namoro - "beijos e abraços" - com a ofendida quando esta ainda era uma criança de 8 anos.** 5. O exame da história das ideias penais - e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro - demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais. **6. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal.** 7. A modernidade,

a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psicologicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas - em menor ou maior grau - legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar. 8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais existentes em um país com dimensões continentais e de tornar írrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população. 9. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de Buriti dos Lopes/PI, por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal, assentando-se, sob o rito do Recurso Especial Repetitivo (art. 543-C do CPC), a seguinte tese: **Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.**

Trecho do voto condutor: No caso em exame, a vítima foi referida como alguém com "grau de discernimento", segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que "nunca manteve relação sexual com o acusado, sem a sua vontade". Desse modo, tangenciou-se a tarefa precípua do juiz de direito criminal, que é a de julgar o réu, ou, antes, o fato delituoso a ele atribuído, sob a perspectiva do agente do crime e não do seu sujeito passivo. (...) **Fato é que, voltando à análise do caso vertente, o acórdão absolutório centrou-se muito mais sobre o comportamento da vítima do que sobre o comportamento que deveria estar sob julgamento.** (...) A resposta a essas perguntas não deve ser dada pelo juiz, pois já foi dada pelo legislador, quando estabeleceu a idade de quatorze como limite

para o livre e pleno discernimento quanto à iniciativa de uma relação sexual. **Não cabe, destarte, ao aplicador do direito relativizar esse dado objetivo, com o fim de excluir a tipicidade da conduta.** Nem mesmo se tem como possível o frágil argumento de que desenvolvimento da sociedade e dos costumes possam configurar fatores que não permitam a subsistência de uma presunção que toma como base a innocentia concilli da vítima. (...) **O tipo penal do art. 217-A do CP não traz em sua elementar a expressão "vulnerável".** É certo que o nomem iuris a que menciona a Lei n. 12.015/2009 ao citado preceito legal estipule o termo "estupro de vulnerável". **Entretanto, a "vulnerabilidade" não integra o preceito primário introduzido no art. 217-A do Estatuto Repressivo.** Na verdade, o legislador estabelece 3 situações distintas em que a vítima poderá se enquadrar em posição de vulnerabilidade, a saber: **Ter conjugação carnal ou praticar outro ato libidinoso: 1 - Com menor de 14 anos; 2 - Com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental não possuir o necessário discernimento para a prática do ato; 3 - Com alguém que, por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência. Assim, no tocante à primeira previsão legal - mencionada na cabeça do dispositivo -, basta que o agente tenha conjugação carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos, sendo irrelevante à caracterização do crime o dissenso da vítima.**

(STJ - REsp 1.480.881/PI - Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ - **TERCEIRA SEÇÃO** - j. 26.08.2015) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6387**).

Ementa: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. **1. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RESP REPETITIVO 1.480.881/PI E SÚMULA 593/STJ. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. NECESSIDADE DE DISTINÇÃO. 2. ART. 217-A DO CP. SIMPLES PRESUNÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE CONSENTIR. CRITÉRIO MERAMENTE ETÁRIO. RESPONSABILIDADE PENAL SUBJETIVA. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO. 3. AUSÊNCIA DE TIPLICIDADE MATERIAL. INEXISTÊNCIA DE RELEVÂNCIA SOCIAL. FORMAÇÃO DE NÚCLEO FAMILIAR COM FILHO. HIPÓTESE DE DISTINGUISING. 4. CONDENAÇÃO QUE REVELA SUBVERSÃO DO DIREITO PENAL. COLISÃO DIRETA COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA DO JUSTO. 5. DERROTABILIDADE DA NORMA. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL E PONTUAL. PRECEDENTES DO STF. 6. AUSÊNCIA DE ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE. INCIDÊNCIA DA NORMA QUE SE REVELA MAIS GRAVOSA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE AUSENTES. 7. PRETENSÃO ACUSATÓRIA CONTRÁRIA AOS ANSEIOS DA VÍTIMA. VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA. DESESTRUTURAÇÃO DE ENTIDADE FAMILIAR. OFENSA MAIOR À DIGNIDADE DA VÍTIMA. 8. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO. INTERVENÇÃO NA NOVA UNIDADE FAMILIAR. SITUAÇÃO MUITO MAIS PREJUDICIAL QUE A CONDUTA EM SI. 9. EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL COM FILHO. ABSOLUTA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA E DO MENOR. ABSOLVIÇÃO PENAL QUE SE IMPÕE. ATIPICIDADE MATERIAL RECONHECIDA. 10. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A hipótese trazida nos presentes autos apresenta particularidades**

que impedem a simples subsunção da conduta narrada ao tipo penal incriminador, motivo pelo qual não incide igualmente a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881/PI e no enunciado sumular n. 593/STJ. 2. Atualmente, o estupro de vulnerável não traz em sua descrição qualquer tipo de ameaça ou violência, ainda que presumida, mas apenas a presunção de que o menor de 14 anos não tem capacidade para consentir com o ato sexual. Assim, para tipificar o delito em tela, basta ser menor de 14 anos. **Diante do referido contexto legal, se faz imperativo, sob pena de violação da responsabilidade penal subjetiva, analisar detidamente as particularidades do caso concreto, pela perspectiva não apenas do autor mas também da vítima.** 3. Um exame acurado das nuances do caso concreto revela que a conduta imputada, embora formalmente típica, não constitui infração penal, haja vista a ausência de relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado. De fato, trata-se de dois jovens namorados, cujo relacionamento foi aprovado pelos pais da vítima, sobrevivendo um filho e a efetiva constituição de núcleo familiar. **Verifica-se, portanto, particularidades que impedem o julgamento uniforme no caso concreto, sendo necessário proceder ao distinguishing ou distinção.** (...) 6. Ademais, a incidência da norma penal, na presente hipótese, não se revela adequada nem necessária, além de não ser justa, porquanto sua incidência trará violação muito mais gravosa de direitos que a conduta que se busca apenar. Dessa forma, a aplicação da norma penal na situação dos autos não ultrapassa nenhum dos crivos dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 7. Destaco, ainda, conforme recentemente firmado pela Quinta Turma, que **não se mostra coerente impor à vítima uma vitimização secundária pelo aparato estatal sancionador, ao deixar de considerar "seus anseios e sua dignidade enquanto pessoa humana".** A manutenção da pena privativa de liberdade do recorrente, em processo no qual a pretensão do órgão acusador se revela contrária aos anseios da própria vítima, acabaria por deixar a jovem e o filho de ambos desamparados não apenas materialmente mas também emocionalmente, desestruturando entidade familiar constitucionalmente protegida. (REsp 1524494/RN e AREsp 1555030/GO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 18/5/2021, DJe 21/5/2021). 8. Se por um lado a CF consagra a proteção da criança e do adolescente quanto à sua dignidade e respeito (art. 227), não fez diferente quando também estabeleceu que a família é a base da sociedade, e que deve ter a proteção do Estado, reconhecendo a união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º). Antes, ainda proclamou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (1º, III) e o caminho da sociedade livre, justa e fraterna como objetivo central da República (preâmbulo e art. 3º, III). Assim, proclamar uma censura penal no cenário fático esquadrejado nestes autos é intervir, inadvertidamente, na nova unidade familiar de forma muito mais prejudicial do que se pensa sobre a relevância do relacionamento e da relação sexual prematura entre vítima e recorrente. (...) **No jogo de pesos e contrapesos jurídicos não há, neste caso, outra medida a ser tomada: a opção absolutória na perspectiva da atipicidade material.** (...) 10. Agravo regimental a que se nega provimento.

Trecho do voto condutor: De pronto, reitero que **não há se falar em presunção de violência para tipificação do crime do art. 217-**

A do Código Penal. Com efeito, referido conceito constava do art. 224 do Código Penal, o qual foi revogado pela Lei n. 12.015/2009, e, à época da sua vigência, **prevalecia se tratar de presunção absoluta.** Atualmente, o estupro de vulnerável não traz em sua descrição qualquer tipo de ameaça ou violência, ainda que presumida, mas apenas a presunção de que o menor de 14 anos não tem capacidade para consentir com o ato sexual. **Assim, para tipificar o delito em tela, basta ser menor de 14 anos. Contudo, diante do referido contexto legal, se faz imperativo, sob pena de violação da responsabilidade penal subjetiva, analisar detidamente as particularidades do caso concreto, pela perspectiva não apenas do autor mas também da vítima.** (...) Como é de conhecimento, o conceito analítico de crime, segundo a teoria tripartite, é constituído pelo fato típico, antijurídico e culpável; o conceito formal diz respeito à conduta típica descrita no preceito incriminador; **já o conceito material se refere à efetiva violação ao bem jurídico tutelado.** (...) Nessa linha de inteligência, um exame acurado das nuances do caso concreto revela que a conduta imputada, embora formalmente típica, **não constitui infração penal, haja vista a ausência de relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado.** De fato, trata-se de dois jovens namorados, cujo relacionamento foi aprovado pelos pais da vítima, sobrevivendo um filho e a **efetiva constituição de núcleo familiar.** (...) Nesse encadeamento de ideias, considero que **a tese firmada no Recurso Especial n. 1.480.881/PI não se aplica à hipótese dos presentes autos, haja vista as particularidades trazidas, em especial a constituição de núcleo familiar, que retiram a tipicidade material da conduta.**

(STJ – AgRg no REsp 1.919.722/SP – Rel. Min. REINALDO SOARES DA FONSECA – QUINTA TURMA – j. 17.08.2021) – (destaques nossos – Cadastro IBCCRIM 6388).

Supremo Tribunal Federal

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. **ESTUPRO CONTRA VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS.** ART. 213 C/C ART. 224, A, DO CP, COM REDAÇÃO ANTERIOR À LEI 12.015/2009. **VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CARÁTER ABSOLUTO.** PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. **A jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal reafirmou o caráter absoluto da presunção de violência no crime de estupro contra vítima menor de catorze anos (art. 213 c/c art. 224, “a”, do CP, com a redação anterior à Lei 12.015/2009), sendo irrelevantes, para tipificação do delito, o consentimento ou a compleição física da vítima.** Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF – RHC 97.664 AgR/DF – Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – SEGUNDA TURMA – j. 08.10.2013) – (destaques nossos – Cadastro IBCCRIM 6389).

Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE MENOR DE 14 ANOS (CP, ART. 213, C/C ART. 224, “A”). **PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. ERRO DE TIPO. TEMA INSUSCETÍVEL DE EXAME EM HABEAS CORPUS, POR DEMANDAR APROFUNDADA ANÁLISE DE FATOS E PROVAS.** EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS DA DECISÃO QUE INDEFERIU LIMINAR. AUSÊNCIA DOS VÍCIOS ALEGADOS. PLEITO PREJUDICADO. **1. O bem jurídico tutelado no crime de estupro contra menor de 14 (quatorze) anos**

é imaturidade psicológica, por isso que sendo a presunção de violência absoluta não pode ser elidida pela compleição física da vítima nem por sua anterior experiência em sexo. Precedentes: HC 93.263, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJe de 14/04/08, RHC 79.788, Rel. Min. NELSON JOBIM, 2ª Turma, DJ de 17/08/01 e HC 101.456, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 30/04/10). 2. A alegação de erro de tipo, fundada em que a vítima dissera ao paciente ter 18 anos de idade e que era experiente na atividade sexual, é insuscetível de exame em habeas corpus, por demandar aprofundada análise dos fatos e das provas que o levaram a acreditar em tais afirmações. (...) 5. De qualquer sorte, e em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a violência no crime de estupro contra menor de quatorze é absoluta, **não tem relevância para o deslinde do caso se a vítima aparentava ter idade um pouco acima dos quatorze anos ou dos dezoito anos que afirmara ter.** 6. Ordem denegada, restando prejudicados os embargos de declaração opostos da decisão que indeferiu a liminar.

(STF – HC 109.206/RS – Min. Rel. LUIZ FUX – PRIMEIRA TURMA – j. 18.10.2011) – (destaques nossos – Cadastro IBCCRIM 6390).

Tribunal De Justiça

Ementa: Apelação Criminal. **Estupro de vulnerável. Sentença absolutória, fundada na atipicidade da conduta, verificados elementos de distinção entre o caso concreto e o enunciado da Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça, assim como da tese firmada por aquele Tribunal Superior no tema nº 918 da sistemática de recursos repetitivos (RE nº 1480881/PI).** Recurso ministerial almejando a reforma, para que o réu seja condenado nos termos da denúncia. Inviabilidade de provimento do apelo do Parquet, com manifestação contrária inclusive da D. Procuradoria Geral de Justiça. **Entendimentos sumulados e precedentes de caráter vinculante que, no intuito de uniformizar a jurisprudência, não podem se desviar da análise de elementos distintivos dos chamados “hard cases”, casos em que particularidades da situação concreta possam indicar que a aplicação literal da lei ou de precedentes possam representar situação de inegável injustiça, desproporcionalidade ou ofensa a princípios constitucionais.** Acerto da sentença recorrida, de exímia fundamentação, em reconhecer a distinção, ou “distinguishing”, no caso sob apreço, afastando os entendimentos acima referidos para reconhecer a atipicidade da conduta e a ausência de relevância criminal. Réu, de vinte e dois anos, e vítima adolescente, de treze, que mantiveram e continuam a manter relacionamento de caráter sexual e afetivo com início aos treze anos de idade da vítima, com ciência e anuência da mãe da ofendida. Casal que depois passou a morar junto, primeiro com o genitor do acusado e, depois, por eles próprios, em relacionamento apoiado pelos familiares que já perdura cerca de três anos, indicativo de formação de núcleo familiar. Persecução penal oriunda de mera eventualidade, não decorrente de denúncia da pessoa vitimada ou de familiares. Confissão formal do réu durante o inquérito e em juízo, confirmada pelos relatos da vítima, na fase inquisitiva e na instrução - em depoimento especial -, em relatos seguros de integral consensualidade dos atos praticados e do relacionamento mantido. Relato da vítima e de sua mãe de precocidade sexual que autorizam essa contextualização. **Relativização da presunção à**

incapacidade de consentir. Ausência de efetiva violação ao bem jurídico protegido. Imposição de pena, na hipótese, que se revelaria absolutamente desproporcional à gravidade real dos fatos, tanto mais ante a forma delitiva continuada descrita na denúncia. Réu primário que não apresenta risco à sociedade ou à vítima, com quem continua a se relacionar, confrontado com potencial pena entre nove anos e quatro meses e treze anos e quatro meses de reclusão, em regime fechado, por relações sexuais que a prova indicou – de forma uníssonas, sem qualquer elemento divergente – terem sido queridas pela vítima. **Ausência absoluta de utilidade na imposição de pena, in casu, tanto mais na forma e quantidade previstas em lei.** “Distinguishing” reafirmado, destacada a excepcionalidade do caso, com adoção de precedentes distintivos do próprio Superior Tribunal de Justiça pela manutenção da absolvição em casos limítrofes assemelhados. Desprovisionamento do apelo ministerial.

(TJSP – Apelação Criminal n. 1502161-98.2019.8.26.0047 – Rel. Des. FREIRE TEOTÔNIO – 14ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL – j. 27.05.2022) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6391**).

Ementa: APELAÇÃO. Estupro de vulnerável. Recurso ministerial. Réu que foi absolvido pelo d. juízo a quo. Pleito de condenação do acusado nos termos exatos propostos na inicial acusatória. Inviabilidade. **Necessidade de se admitir, excepcionalmente, a relativização da presunção de vulnerabilidade da ofendida, menor de 14 anos, em virtude das singularidades do caso concreto.** Reconhecimento da validade de seu consentimento. Ato sexual praticado em meio a relacionamento de namoro, que se mantém e do qual decorreu o nascimento de um filho. Réu assumiu a paternidade do filho e contribuiu para seu sustento. **Ponderação no sentido de que a aplicação de pena afastaria o acusado do convívio familiar e não interessaria à própria ofendida. Prevalência da proteção à entidade familiar. Atipicidade da conduta. Precedentes do E. STJ.** Sentença absolutória mantida. Negado provimento ao recurso.

(TJSP – Apelação Criminal n. 1500214-63.2021.8.26.0168 – Rel. Des. LEME GARCIA – 16ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL – j. 15.02.2022) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6392**).

Ementa: Estupro de vulnerável – absolvição – recurso do MP – decisão mantida – vítima de 13 anos e réu com 19 anos – namoro conhecido e consentido pela mãe da garota – relações sexuais consentidas – gravidez da ofendida – **assunção da paternidade e responsabilidades pelo acusado – planos de casamento e de criação conjunta da criança** – despropósito da condenação – **prejuízos social e individual na punição – bebê que seria vitimizado pela ausência do pai** – plausibilidade do alegado desconhecimento da ilicitude da conduta – arts. 21 do CP e 386, VI, do CPP – **relativização do rigor formal da lei no caso concreto.**

(TJSP – Apelação Criminal n. 1500043-78.2019.8.26.0200 – Rel. Des. VICO MAÑAS – 12ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL – j. 09.09.2020) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6393**).

Ementa: Apelação. **Estupro de vulnerável.** Art. 217-A, do CP. Absolvição sumária. **Atipicidade material da conduta.** Recurso do Ministério Público, pugnado pelo prosseguimento do feito. Impossibilidade. **Consentimento para a prática de relações**

sexuais. Excepcionalidade. **Constituição de família, formada pelo apelante, vítima e dois filhos comuns.** Decisão de primeiro grau mantida, pois bem fundamentada. Recurso não provido.

(TJSP – Apelação Criminal n. 0011172-11.2011.8.26.0597 – Rel. Des. REINALDO CINTRA – 7ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL – j. 16.03.2022) – (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6394**).

Nosso comentário: O preceito penal incriminador relativo à hipótese típica de estupro de vulnerável, em sua atual conformação, não traz a descrição de qualquer tipo de ameaça ou violência, ainda que presumida, mas apenas a presunção de que o menor de 14 anos não tem capacidade para consentir com o ato sexual. Diante dessa previsão legal, a jurisprudência majoritária do STJ tem se orientado pela máxima proteção da criança e do adolescente, de forma a considerar irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou mesmo a existência de relacionamento amoroso com o agente, bastando para a configuração típica que haja conjunção carnal ou a prática de qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos – entendimento que restou materializado no enunciado sumular 593, do STJ. No *leading case* em que se ancorou tal posicionamento, foi salientado que, em arrimo argumentativo, o tipo penal do art. 217-A, do CP, não traz em sua elementar a expressão “vulnerável”, mas apenas, ao revés, delinea três situações – entre as quais, o critério etário – em que a vítima poderá se enquadrar em posição de vulnerabilidade (REsp 1.480.881/PI). Nessa mesma toada segue o STF, para quem a violação do dito critério etário se traduz em presunção de violência em caráter absoluto (RHC 97.664 AgR/DF). No entanto, como um imperativo da responsabilização penal subjetiva, o STJ, em recente julgado (AgRg no REsp 1.919.722/SP), ponderou não haver presunção absoluta de violência na tipificação do crime previsto pelo art. 217-A, do CP, porquanto as particularidades do caso concreto reclamam por uma análise não apenas formal, como especialmente material, sobretudo pelo prisma da efetiva vulneração do bem jurídico. Assim, nos denominados *hard cases*, o STJ admite a incidência da teoria da derrotabilidade do enunciado normativo – a qual trata da possibilidade de se afastar a aplicação de uma norma, de forma excepcional e pontual, em hipóteses de relevância do caso concreto (HC 124.306/RJ) – para realizar o citado exame de tipicidade material, sendo que o referido entendimento tem reverberado no TJSP, possibilitando a remediação da vitimização secundária decorrente da quebra da entidade familiar (hipótese mais comum de *distinguishing*).

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:

Ana Paula Pinto da Rocha (PUC – Porto Alegre/RS), Bruno Cavalcante Leitão Santos (Cesmac – Maceió/AL), Daniel Fonseca Fernandes da Silva (UFRJ – Rio de Janeiro / RJ), Daniel Marchionatti Barbosa (USP – São Paulo/SP), Daniela Villani Bonaccorsi Rodrigues (PUC – Belo Horizonte/MG), Danilo Vieira Vilela (UEMG – Frutal/MG), Fernando de Oliveira Zonta (PUC – São Paulo/SP), Gabriel Silva Costa (USP – São Paulo/SP), Iverson Kech Ferreira (Uninter – Curitiba/PR), Laura Gigante Albuquerque (UniRitter – Porto Alegre/RS), Lorena Roberta Barbosa Castro (UEM – Maringá/PR), Luís Gustavo Durigon (PUC – Porto Alegre/RS), Núbio Pinhon Mendes Parreiras (PUC – Belo Horizonte/MG), Priscila Vargas Mello (UNISC - Santa Cruz do Sul/RS), Rafael Silva de Almeida (UniCEUB – Brasília/DF) e Raphaella Viana Silva Asfora (UFPB – João Pessoa/PB).

AUTORES(AS) DESTE VOLUME:

Aury Lopes Jr (PUCRS – Porto Alegre/RS), Bruno Cavalcante Leitão Santos (Cesmac – Maceió/AL), Fernando de Carvalho Teixeira (FGV – Rio de Janeiro/RJ), Francisco de Assis de França Júnior (Universidade de Coimbra/Portugal), João Alcantara Nunes (PUCRS – Porto Alegre/RS), Lucas Andrey Battini (USP – São Paulo/SP), Luiz Eduardo Cani (PUCRS – Porto Alegre/RS), Patrick Cacicedo (USP – São Paulo/SP), Ricardo Jacobsen Gloeckner (PUCRS – Porto Alegre/RS), Salah H. Khaled Jr (FURG – Rio Grande/RS), Theuan Carvalho Gomes (UNESP – Franca/SP) e Thiago Rocha de Rezende (UERJ – Rio de Janeiro/RJ).

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



IBCCRIM E IDPEE PROMOVEM

3º CURSO DE COMPLIANCE COIMBRA

AULAS COM DOCENTES BRASILEIROS E PORTUGUESES

CONTEÚDO ABRANGE OS PRINCIPAIS TEMAS LIGADOS
AOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE EM DIVERSAS ÁREAS
E INTERSECÇÕES COM O DIREITO ADMINISTRATIVO E PENAL

Carga
horária total
de 160 horas

Diploma
de Pós Graduação
emitido pelo
IDPEE

Disponíveis
na plataforma
IBCCRIM Play
até dezembro

ASSOCIADOS AO IBCCRIM TÊM DESCONTO!

INSCRIÇÕES



www.IBCCRIM.org.br