

BOLETIM

IBCCRIM

EDITORIAL

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO TRIBUNAL DO JÚRI

O princípio da insignificância
na jurisprudência brasileira

Juarez Cirino dos Santos

O princípio da igualdade
e a dogmática penal

Pierpaolo Cruz Bottini

Repensando o
encontro fortuito de
provas na era digital

Pedro Ivo Rodrigues Velloso Cordeiro
Francisco Felipe Lebrão Agosti
Pedro Luís de Almeida Camargo

Cooperação internacional
em matéria penal e a atuação
da Polícia Federal brasileira:
aspectos práticos

Alice Aquino Zanin
Ricardo Márcio Rossi Sancovich



A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO TRIBUNAL DO JÚRI

PRESUMPTION OF INNOCENCE IN THE JURY TRIAL

No último dia 12 de setembro, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri justifica a execução imediata da pena. Esse entendimento foi firmado por maioria de votos no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1.235.340 (Tema 1.068), no qual o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) interveio na qualidade de *amicus curiae*. O colegiado acompanhou a posição do ministro relator Luís Roberto Barroso, inclusive, para conferir “interpretação conforme” ao art. 492 do Código de Processo Penal, que restringia a execução imediata da pena às hipóteses em que o réu fosse condenado a pena igual ou superior a 15 anos. Esse dispositivo foi considerado inconstitucional por violação à soberania dos veredictos. A divergência foi aberta pelo ministro Gilmar Mendes que, no mesmo sentido da ministra Rosa Weber e do ministro Ricardo Lewandowski, ambos aposentados, defendeu a impossibilidade de decretação imediata da prisão em caso de condenação, sem que tenha sido demonstrada a necessidade cautelar da medida.

Diante do lamentável resultado a que chegaram os ministros, o IBCCRIM se obriga a retomar, neste Editorial, o que defendeu perante o Supremo Tribunal Federal, seja por compromisso com a produção de conhecimento científico alinhado ao texto constitucional, seja por respeito à própria memória institucional, construída nas lutas contra o arbítrio no sistema de justiça criminal e penitenciário brasileiro.

A defesa da execução imediata da pena no Tribunal do Júri, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, baseia-se no seguinte raciocínio: (i) a função do Direito Penal é a tutela de bens jurídicos que, no caso do Tribunal do Júri, expressa-se na proteção da vida humana — como no Brasil existem muitos homicídios, há um problema no funcionamento do Tribunal do Júri no País (falácia da proteção deficiente); (ii) a soberania dos veredictos significa que os tribunais não podem substituir a decisão proferida pelo júri popular — impedir a execução imediata da prisão, em caso de condenação pelos jurados, importa em restrição ilegítima e inconstitucional à soberania dos veredictos; (iii) a presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderada com a soberania dos veredictos e o “interesse constitucional da efetividade da lei penal” em processos do Tribunal do Júri; (iv) o número de casos de anulação de processos no Tribunal do Júri seria irrelevante — o direito conferido ao acusado de sair livre, após o julgamento em que foi condenado, “viola sentimentos mínimos de justiça, bem como a própria credibilidade do Poder Judiciário” (Brasil, 2024, voto do Ministro Relator Luís Roberto Barroso em que reconhece a repercussão geral da matéria). A tese, extraída a partir desses argumentos, é de que a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelos jurados, independentemente do total da pena a ser aplicada.

O entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal está impregnado pela ideologia da defesa social que termina, como esperado, na submissão dos direitos e garantias individuais à retórica de salvação da sociedade. Antes que se diga qualquer coisa a respeito do sentido e do alcance do princípio da soberania dos veredictos e da presunção de inocência, é preciso entender que, por trás da tese da execução imediata da pena no Tribunal do Júri, não existe técnica, mas uma crença, mal disfarçada, do processo como instrumento de eficiência repressiva e não como dispositivo dedicado a estabelecer limites ao exercício do poder punitivo. Essa crença é o que impulsiona o discurso de “combate à impunidade” e que, no fim do dia, inverte o sentido da garantia da soberania dos veredictos e esvazia a presunção de inocência no Tribunal do Júri.

Embora todos os brasileiros se envergonhem da absurda taxa de homicídios no País, disso não resulta compartilhar a premissa de que a justiça criminal seja uma ferramenta de proteção eficiente para evitar o problema. As medidas não penais são mais eficazes para evitar a submissão de pessoas às situações de violência, seja no âmbito doméstico e familiar (como no caso penal discutido no RE) ou outro. Em síntese: a execução imediata da pena no Tribunal do Júri não garante direitos da vítima. A concepção de ministros do Supremo Tribunal Federal acerca da soberania dos veredictos e da presunção de inocência reflete uma opção política e ideológica utilitária e antigarantista, que está longe de resolver o problema da violência no Brasil.

A presunção de inocência, consagrada no art. 5º, LVII da Constituição da República de 1988, é a pedra sobre a qual se deve erguer toda a discussão sobre antecipação do cumprimento da pena, seja em processos do Tribunal do Júri ou em qualquer outro. O entendimento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual a execução imediata da prisão não implicaria em violação à presunção de inocência, foi construída a partir de uma leitura parcial, incompleta e não integrada da obra de Robert Alexy.

O “caráter relativo do princípio da presunção de inocência”, como advertiu **Alberto Bovino** (2005), é uma falácia para “justificar” as suas violações. Ninguém sustenta que se possa aplicar uma pena, sem lei prévia que defina a conduta delitiva e a sanção aplicável ou que, em determinadas circunstâncias, se vá impor um castigo por fato atípico (**Bovino**, 2005).

Como esclarecido pelo IBCCRIM no parecer juntado aos autos do RE, a presunção de inocência é uma garantia política instituída em favor do indivíduo em face do Estado, razão pela qual incide em todo em qualquer lugar em que essa relação se estabeleça¹. Ao afirmar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, a Constituição da República de 1988 confirma a estrutura lógica da norma que ordena a garantia de um direito definitivo. A gravidade da pena

aplicada, o tipo de rito, a competência do órgão jurisdicional etc., nada disso tem relevância quando se trata de assegurar uma regra de tratamento, que integra o sistema de proteção das liberdades individuais diante da autoridade estatal.

A presunção de inocência se funda na necessidade de construir um processo penal que imponha limites ao poder penal, dado o temor de abuso que se materializa na possibilidade de castigo a um indivíduo (Binder, 2021, p. 219). O valor político da presunção de inocência funda o sistema de garantias próprias ao sistema acusatório (Parra Quijano, 1995). Todo processo penal está a serviço da presunção de inocência. Isso obriga a uma interpretação restritiva das normas ou medidas que restrinjam a liberdade pessoal². O Supremo Tribunal Federal, no entanto, decidiu o contrário do que um sistema processual baseado na presunção de inocência exigiria. Ela foi percebida como entrave à realização do programa punitivo que, em sua função declarada, visaria ao “controle da criminalidade e pacificação dos conflitos sociais” (Binder, 2013, p. 103). Para implodir o conteúdo substancial da presunção de inocência, os ministros distorceram o sentido da soberania dos veredictos, transformando a garantia do Tribunal do Júri em verdadeira antigarantia³.

A soberania dos veredictos significa somente que cabe aos jurados decidirem sobre a existência do crime e sua autoria. Não tem relação com a “decisão imediatamente eficaz ou ter seus efeitos condicionados ao trânsito em julgado” (Toron; Badaró, 2024). Como concluiu Malan (2022), “tal soberania não exclui — nem pode excluir — mecanismos de controle epistêmico sobre a racionalidade do veredito dos jurados”.

Geraldo Prado (2015) esclarece que o inciso LVII do art. 5º da Constituição da República é regido pelo conceito jurídico de culpabilidade e não por um conceito de culpabilidade fática. Dizer que a soberania dos veredictos atribui aos jurados a decisão sobre a existência do crime e de sua autoria não exclui o direito dos acusados de se protegerem de erros fáticos e processuais, antes da imposição de qualquer pena. O Tribunal do Júri é um órgão pertencente aos aparelhos judiciários e, portanto, está sujeito a controle político e jurídico como qualquer outro (Telles Junior, 1938, p. 24). Além disso, o Tribunal do Júri expressa uma garantia que, por razões históricas e políticas, assegura que o cidadão acusado de crime doloso contra a vida seja julgado por seus “pares”. Nada justifica que os processos de sua competência não estejam submetidos ao conjunto de direitos do imputado que constitui o programa político em torno do qual o processo penal democrático e acusatório foi construído (Binder, 2021, p. 237).

Em definitivo, podemos concluir que a condenação pelo Tribunal do Júri não determina — tampouco autoriza — a execução imediata de nenhuma espécie de castigo, uma vez que a pena, para que não seja arbitrária, exige processo balizado pelos estritos limites da lei, sem que exista possibilidade de alteração processual futura. O IBCCRIM considera que o Direito Processual Penal se orienta pela função de limite e contenção ao poder de punir do Estado, sendo inadmissível que, a pretexto de enfrentar o déficit de proteção da vida no Brasil, seja vitimada a própria presunção de inocência, assegurada pela Constituição da República a todos os brasileiros e brasileiras, independentemente da acusação contra eles formulada.

Notas

- ¹ Magalhães Gomes Filho (1995, p. 42) adverte que o mais importante da presunção de inocência é seu valor ideológico como presunção política, orientada a garantir a posição de liberdade do imputado frente ao interesse estatal na repressão criminal.
- ² A Constituição da República, no que se refere à presunção de inocência, ao mesmo tempo um dever de tratamento, uma norma probatória e uma regra

de julgamento, não havendo sentido em aplicações diferentes da mesma determinação constitucional para indivíduos submetidos à persecução penal (Moraes, 2010).

- ³ São as palavras de Ricardo Jacobsen em comentários publicados no dia 18 de setembro de 2024, em rede social, a respeito do julgamento do Supremo Tribunal Federal.

Referências

- BINDER, Alberto. *Derecho Procesal Penal*: Hermeutica Procesal Penal. Tomo I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013.
- BINDER, Alberto. *Derecho Procesal Penal*: Teoría del juicio de conocimiento. Verdad y proceso penal. Principio de inocencia. El concepto de hecho. Requisitos de verificabilidad y teoría del delito. Tomo V. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2021.
- BOVINO, Alberto. Contra la inocencia. In: BERTOLINO, Pedro J.; BRUZZONE, Gustavo A. (Org.). *Estudios en homenaje al Dr. Francisco J. D'Albora*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005. p. 193-228.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.235.340/SC, Relator: Min. Luís Roberto Barroso, julgado: 12 set. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5776893>. Acesso em: 14 out. 2024.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunción de inocencia y prisión preventiva*. Santiago: Conosur, 1995.
- MALAN, Diogo. Execução provisória da pena no Tribunal do Júri. In: SILVA, Rodrigo; AVELAR, Daniel. (Org.). *Estudos em homenagem aos 200 anos de Tribunal do Júri no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 127-145.
- MORAES, Mauricio Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.
- PARRA QUIJANO, Jairo. Presunción de inocencia. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, v. 18, n. 18-19, 1995. Disponível em: <https://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/241>. Acesso em: 14 out. 2024.
- PRADO, Geraldo. O trânsito em julgado da decisão condenatória. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, n. 277, 2015. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5673-O-transito-em-julgado-da-decisao-condenatoria. Acesso em: 14 out. 2024.
- TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. *Justiça e Jury no Estado Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunaes, 1938.
- TORON, Alberto; BADARÓ, Gustavo. STF: guardião ou carrasco da Constituição? *Folha de S.Paulo*, Caderno Opinião, 22 set. 2024. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2024/09/stf-guardiao-ou-carrasco-da-constituicao.shtml>. Acesso em: 14 out. 2024.

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Editorial

2 **A presunção de inocência no Tribunal do Júri**

Notas Públicas

5 **Projeto de Lei 7.973 de 2014**

Chiavelli Falavigno, Evelyn Santos Lopes de Andrade e Vitoria Carolina de Oliveira Rottava

Direito Penal

8 **O princípio da insignificância na jurisprudência brasileira**

Juarez Cirino dos Santos

13 **O princípio da igualdade e a dogmática penal**

Pierpaolo Cruz Bottini

17 **Vitimodogmática e teoria da pena: o desinteresse do ofendido como vetor funcional teleológico redutor**

Helena Zani Morgado

Processo Penal

21 **Repensando o encontro fortuito de provas na era digital**

Pedro Ivo Rodrigues Velloso Cordeiro, Francisco Felipe Lebrão Agosti e Pedro Luís de Almeida Camargo

27 **Cooperação internacional em matéria penal e a atuação da Polícia Federal brasileira: aspectos práticos**

Alice Aquino Zanin e Ricardo Márcio Rossi Sancovich

31 **Sistema acusatório, o juiz e a prova: o problema dos poderes instrutórios**

Pedro Henrique Echeverría Bogus

PROJETO DE LEI 7.973 DE 2014

BILL 7,973 OF 2014

Chiavelli Falavigno¹  

Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Brasil
chiavellifalavigno@gmail.com

Evelyn Santos Lopes de Andrade²  

Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Brasil
evelynsdeandrade@gmail.com

Vitória Carolina de Oliveira Rottava³  

Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Brasil
vitoria0carolina0oliveira@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.13882095>

1. Introdução

A possibilidade de remição de pena por meio da leitura fomenta movimentações no campo jurídico há anos. Em 2013, a Recomendação 44 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estabeleceu os parâmetros para fins de remição de pena pelo estudo e previu sua equivalência para a leitura.

Não obstante o pioneirismo da iniciativa, a Recomendação foi insuficiente para esgotar as nuances da temática, levando o CNJ a se debruçar novamente sobre a matéria por meio da Resolução 391/2021. Referido ato foi responsável pela instituição de procedimentos e diretrizes a serem observados pelo Poder Judiciário para o reconhecimento do direito à remição de pena por leitura.

Para implementar as disposições da Resolução 391/2021, o CNJ publicou a Orientação Técnica 1/2022, a qual é destinada aos juízes de Execução, e sugere fluxos de trabalho de como reconhecer e contabilizar as atividades de leitura para a remição de pena, incluindo, para tanto, um modelo do relatório de leitura, que deve ser o único documento exigido como comprovação da atividade.

Em que pese a relevância das supramencionadas normativas infralegais, conforme dados disponibilizados pelo Censo Nacional de Práticas de Leitura no Sistema Prisional (CNPLSP) (Brasil, 2023), após a implementação da Resolução 391/2021, o direito ainda não é uma realidade em cerca de 20% das unidades de privação de liberdade do País. Destacam-se dados apresentados na Tabela 1.

Tabela 1 – Garantia do direito à remição da pena pela leitura e estabelecimentos prisionais por gênero

| Direito à remição da pena pela leitura | | | | |
|--|------------------|------------------|---------------------------------------|------------------------|
| Estabelecimentos por gênero | Não garante | Garante | Total de estabelecimento respondentes | % no total respondente |
| Feminino | 17 (20%) | 68 (80%) | 85 | 12% |
| Masculino | 114 (20%) | 465 (80%) | 579 | 79% |
| Misto (homens e mulheres) | 20 (27%) | 53 (73%) | 73 | 11% |
| Total | 151 (20%) | 586 (80%) | 737 | 100% |

Fonte: **Brasil** (2023).

¹ Coordenadora do Departamento de Política Legislativa Penal do IBCCRIM. Professora de Direito Penal da Universidade Federal de Santa Catarina. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9833644727888072>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7264-2171>.

² Graduanda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4134037030166318>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-0698-5721>.

³ Graduanda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9590290888288794>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-4430-7143>.

* Esta nota foi elaborada em parceria entre o IBCCRIM e os alunos da Universidade de Santa Catarina, por meio do Projeto de Extensão "Política Legislativa penal: pontes entre a Universidade e a Sociedade".

Nesse sentido, a inclusão normativa proposta no Projeto de Lei (PL) subsidiado por essa Nota Técnica é um reconhecimento formal da importância da remição pela leitura e uma diretriz para a sua concreta aplicação em todo território nacional.

2. Sugestões de alterações na redação do PL 7.973/2014

2.1. Alteração no inciso III, parágrafo 1º do art. 126 da Lei 7.210/84

A redação do PL 7.973/2014 prevê a concessão de 2 dias de remição de pena a cada obra lida, resenhada e aprovada, com limitação máxima de 60 dias de remição a cada 12 meses de pena.

Nesse ponto, entende-se que os pontos positivos da Resolução do CNJ 391/2021 devem ser replicados, por já serem um modelo normativo no trato do tema e, quando necessário, acrescidos de melhorias.

Portanto, nos termos do artigo 5º, inciso V, da referida normativa, cada obra lida deve corresponder ao direito de remição de 4 dias de pena, e não 2 dias, como dispõe a redação originária do PL 7.973/2014.

2.2. Inserção de parágrafo no art. 126 da Lei 7.210/84

A Resolução CNJ 391/2021, em seu art. 5º, IV, estabelece o prazo de 21 a 30 dias para realizar a leitura, devendo o apenado apresentar, em até 10 dias após esse período, um relatório. Entende-se que, nesse ponto, a referida Resolução não deve ser seguida à risca e simplesmente replicada.

Majoritariamente, as pessoas privadas de liberdade possuem um baixo nível de escolaridade, o que dificulta não apenas a leitura, como também a compreensão do que está sendo lido.

Assim, entende-se que o PL 7.973/2014 deve inovar e dispor expressamente que não será fixado um prazo máximo para a realização da leitura e nem para a entrega do relatório.

2.3. Adoção de critérios inclusivos que abranjam pessoas não alfabetizadas e com dificuldades/limitações de leitura

Esse tema foi trazido na Resolução 391/2021 do CNJ, tanto no § 3º do art. 5º como no inciso III do art. 6º, e recomenda-se manter essa orientação no PL.

Conforme dados disponibilizados pelo CNPLSP/2023 (Brasil, 2023, p. 57, Gráfico 12), destaca-se que aproximadamente 53% da população que cumpre pena em unidades prisionais respondentes ao estudo são analfabetas (3,8%) ou possuem o ensino fundamental incompleto (49,5%), além de que 1,2% (aproximadamente 3.108 pessoas) possuem alguma deficiência (Brasil, 2023, p. 58, Quadro 11).

Não obstante a gravidade dos dados mencionados, cabe salientar que, nos termos do CNPLSP, apenas metade das unidades da federação afirmam possuir estratégias para inclusão do público que possui dificuldades/limitações com a leitura — seja por grau de escolaridade, seja por deficiência (Brasil, 2023, p. 48, Gráfico 10).

Sugere-se a inclusão de um parágrafo que promova a igualdade de acesso ao direito da remição da pena através da leitura. Atualmente, diferentes modos de realização e critérios de avaliação para remição através da leitura já são implementados no território nacional. Contudo é notória a carência de sua efetividade em relação ao número total de unidades prisionais (Figura 1).

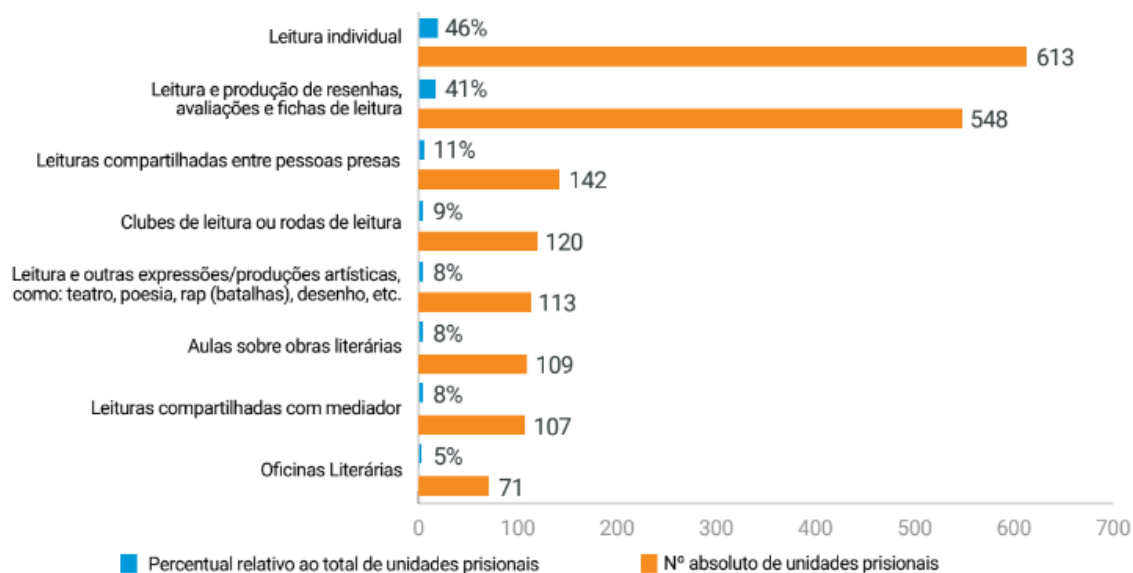


Figura 1 – Modalidades de práticas e projetos de leitura existentes nas unidades prisionais

Fonte: Brasil (2023).

2.4. Censura, acessibilidade e atualização do acervo bibliográfico

O inciso II do artigo 5º da Resolução 391/2021 do CNJ é categórico ao estabelecer a vedação a qualquer tipo de censura no acervo bibliográfico. Contudo, através de dados evidenciados pelo Censo (Figura 2), nota-se que, na prática, a realidade é outra.

Observa-se que parcela considerável de estabelecimentos prisionais estabelecem critérios de restrição em relação ao conteúdo das obras do acervo bibliográfico. O CNPLSP/2023

(Brasil, 2023, p. 114, Gráfico 27) especifica os conteúdos que sofrem restrição dentro das unidades de privação de liberdade.

Essas restrições ao acervo bibliográfico afrontam diretamente a Resolução do CNJ 391/2021 e ressaltam a necessidade de haver uma positivação que estabeleça a vedação a toda e qualquer censura ao acervo bibliográfico das unidades prisionais no texto legal, no intuito de preservar a pluralidade cultural e incentivar as pessoas privadas de liberdade a desenvolverem senso crítico.

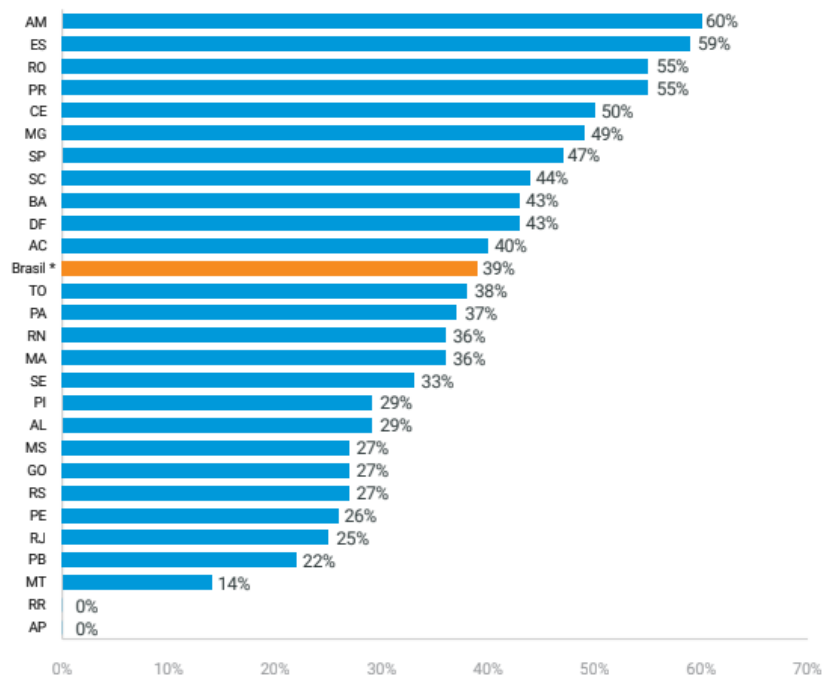


Figura 2 – Percentual de estabelecimentos que apresentam restrições quanto ao conteúdo do acervo bibliográfico

Fonte: **Brasil** (2023).

Outra sugestão e ponto a ser destacado é a questão da acessibilidade do acervo bibliográfico. Em congruência às informações fornecidas pelo CNPLSP, 47% das obras do acervo são acessíveis para pessoas não alfabetizadas e apenas 8% acessíveis para pessoas com deficiência visual (**Brasil**, 2023, p. 109, Gráfico 24). Nesse sentido, com o propósito de promover a inclusão e a diversidade, propõe-se a positividade da exigência de aquisição de obras que atendam às necessidades de todos os públicos, especialmente pessoas com deficiência visual.

3. Conclusão

O PL 7.973/2014 deve ser aprovado, eis que é uma iniciativa muito relevante para a concretização do princípio da ressocialização das pessoas privadas de liberdade, dado que, com a previsão legal de

remição de pena por leitura, o estímulo intelectual e cultural aos encarcerados é altíssimo.

Aliado aos princípios de um Estado Democrático de Direito, entendemos que o PL deve ser aprovado com as seguintes alterações: (i) concessão de 4 dias de remição a cada obra lida, sendo mantido o máximo anual de 60 dias de remição; (ii) previsão explícita de inexistência de prazo para a realização da leitura e posterior entrega do relatório; (iii) adoção de critérios para leitura e avaliação inclusivos a pessoas não alfabetizadas e/ou com dificuldades/limitações de leitura; (iv) estipulação de vedação a toda e qualquer censura ao acervo bibliográfico das unidades prisionais; e (v) positividade da exigência de aquisição de obras que atendam às necessidades de todos os públicos, especialmente pessoas com deficiência visual.

Informações adicionais e declarações das autoras (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: as autoras confirmam que não há conflito de interesse na condução desta pesquisa e na redação desta nota técnica. **Declaração de autoria:** somente as pesquisadoras que cumprem os requisitos de autoria desta nota técnica são listadas como autoras; as coautoras são totalmente responsáveis por este trabalho em sua totalidade.

Declaração de originalidade: as autoras garantiram que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; elas também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplagio.

Como citar (ABNT Brasil)

FALAVIGNO, Chiavelli; ANDRADE; Evelyn Santos Lopes de; ROTTAVA; Vitoria Carolina de Oliveira. Projeto de Lei 7.973 de 2014. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 32, n. 384, p. 5-7, 2024. DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.13882095>. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1639. Acesso em: 1 nov. 2024.

zenodo.13882095. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1639. Acesso em: 1 nov. 2024.

Referência

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (Org.). Luís Geraldo Sant'Ana (Coord.). *Censo Nacional de Práticas de Leitura no Sistema Prisional*. Brasília: CNJ, 2023.

Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/12/censo-leitura-prisional.pdf>. Acesso em: 4 out. 2024.

Autoras convidadas.

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE IN THE BRAZILIAN JURISPRUDENCE

Juarez Cirino dos Santos¹  

Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil
juarezcirinodossantos@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.13882986>

Resumo: O princípio da insignificância pertence ao tipo de injusto do fato punível. O conceito de insignificância não pode ser deformado por elementos subjetivos da culpabilidade, como pretende a definição do Supremo Tribunal Federal. O nível de insignificância em crimes tributários merece aplauso, mas sugere elevação da insignificância em furtos de loja para 50% do salário mínimo. A jurisprudência de países centrais do capitalismo arquiva furtos de bagatela de 75 euros (R\$ 455,00), enquanto o limite no Brasil é 10% do salário mínimo. As transformações estruturais e institucionais da formação social brasileira exigem urgente revisão do princípio de insignificância na jurisprudência brasileira.

Palavras-chave: insignificância; injusto; jurisprudência; punitivismo; capitalismo.

Abstract: The principle of insignificance belongs to the type of unjust. The concept of insignificance cannot be distorted by subjective elements of culpability, as intended by the definition of the Federal Supreme Court. The level of insignificance for tax crimes deserves applause, but it suggests raising the insignificance in shoplifting to 50% of the minimum wage. The jurisprudence of central capitalist countries files petty thefts of 75 euros (R\$ 455.00), while the limit in Brazil is 10% of the minimum wage. The structural and institutional transformations of the Brazilian social formation require an urgent review of the principle of insignificance in Brazilian jurisprudence.

Keywords: insignificance; unjust; jurisprudence; penal populism; capitalism.

1. Introdução

O princípio da insignificância se estrutura sobre alguns fundamentos jurídico-políticos do Direito Penal: a) o princípio da intervenção mínima (ou de *ultima ratio*) formado pelo caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal: fragmentário, porque não protege todos os bens jurídicos constitucionais; subsidiário, pelo uso preferencial de meios mais brandos do instrumental sociojurídico do Estado (Baratta, 1991, p. 444-445; Cirino dos Santos, 2022, p. 32); b) o princípio da proporcionalidade, que determina correspondência entre a lesão do bem jurídico e a pena aplicável, com proibição de penas excessivas; c) o princípio da tipicidade material, que exige lesão real do bem jurídico protegido no tipo legal — também pensável sob a fórmula *nullum crimen, nulla poena sine injuria* (Fagundes, 2019, p. 49 e 74 *et seq.*). Com essa base, o princípio da insignificância exclui a criminalização primária ou secundária de lesões irrelevantes de bens jurídicos (Albrecht, 2010, p. 232), medidas pelo desvalor do resultado. Na dogmática penal, o desvalor do resultado é produto concreto do desvalor de ação, e o desvalor de ação é o projeto psíquico que produz o desvalor do resultado. Esta é a área do princípio da insignificância em Direito Penal: lesões insignificantes de

bens jurídicos, como a integridade ou saúde corporal, a honra, a liberdade, a sexualidade, a propriedade etc., são insuficientes para constituir crimes, porque incapazes de configurar o tipo de injusto¹.

Um setor ponderável da literatura atribui à insignificância a natureza de uma regra de interpretação restritiva do tipo legal (Fagundes, 2019, p. 102 *et seq.*) e não o *status* de princípio, no sentido de um “mandamento nuclear do sistema” (Mello, 1980, p. 230); mas, como expressão sintética dos princípios de “*ultima ratio*”, da proporcionalidade e da tipicidade material, parece legítimo falar em princípio de insignificância — aliás, designação consagrada na jurisprudência brasileira —, como limite inferior da política criminal. Hoje, a relevância político-criminal do princípio da insignificância, apesar de sua pertença conceitual ao princípio da lesividade, justifica tratamento científico próprio.

2. Da adequação social ao princípio da insignificância

Hans Welzel (1969, p. 56) desenvolveu o conceito de ações socialmente adequadas para excluir a tipicidade de comportamentos sociais normais, mas abrangidos pela definição formal do tipo legal — por exemplo, presentes de final de ano a funcionários públicos dos Correios são adequados socialmente, e

¹ Professor de Direito Penal da UFPR. Presidente do Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Advogado. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3590883518608901>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5135-523X>.

não corrupção. **Roxin** (2016, p. 299) considera a ideia da adequação social “demasiado inespecífica”, propondo sua substituição pelo conceito de insignificância (o chamado *Geringfügigkeitsprinzip* da teoria alemã), uma interpretação limitadora da lesão do bem jurídico. Na atualidade, é ampla a admissão do princípio da insignificância na criminalidade, em geral, porque os tipos legais dependem de “certa intensidade” da lesão — por exemplo, simples arranhões ou pequenas contusões não perfazem o tipo de lesão corporal. Contudo a aplicação do princípio da insignificância em crimes patrimoniais (quase a metade dos atos infracionais de adolescentes) e em furtos de loja (um componente massivo da criminalidade de jovens pobres) enfrenta obstáculos processuais oriundos da ideologia jurídica do capitalismo (**Albrecht**, 2010, p. 232).

3. O conceito de insignificância no sistema penal

Do ponto de vista do fato punível, o princípio da insignificância pertence ao conceito de tipo de injusto, porque tem por objeto a extensão da lesão do bem jurídico protegido no tipo legal — ou seja, o resultado lesivo da ação típica — e, por esse motivo, exclui a tipicidade da ação realizada. A continência do princípio da insignificância na área do injusto típico indica a natureza objetiva do conceito, afastando o emprego de elementos subjetivos para reduzir ou rejeitar esse princípio democrático. Logo, o princípio da insignificância não pode ser excluído ou restringido por argumentos fundados no conceito de culpabilidade — definível como juízo de reprovação do sujeito pela realização do tipo de injusto —, conforme tem pretendido a atual jurisprudência brasileira.

4. O conceito de insignificância na jurisprudência brasileira

A jurisprudência brasileira está ligada à posição do Supremo Tribunal Federal (STF), que mistura elementos do tipo de injusto, relacionados à extensão da lesão do bem jurídico, com elementos da culpabilidade, relacionados ao juízo de reprovação do autor, para definir o conceito de insignificância. Como se sabe, a definição de insignificância do STF, originária de acórdão do Min. Celso de Mello (*HC 84.412/SP*), exige (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (**Brasil**, 2004).

A confusão de elementos do injusto, integrantes naturais do conceito, com elementos da culpabilidade, estranhos ao conceito de insignificância, deforma o princípio da insignificância no papel de excluir/reduzir hipóteses de mínima lesão do bem jurídico. As consequências econômicas, sociais e pessoais produzidas pela repressão penal de resultados lesivos insignificantes são imensas: (a) o custo social e econômico do processo penal é enorme: mobiliza Polícia, Ministério Público, Magistratura e toda burocracia oficial do sistema de justiça criminal para resolver ninharias jurídicas; (b) o custo pessoal de processos penais por insignificâncias é trágico: destrói vidas humanas valiosas por razões desprezíveis, em especial dos segmentos sociais marginalizados do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania (**Baratta**, 1985).

5. Crítica ao conceito de insignificância do STF

A definição de insignificância apresentada pelo STF, além de revelar uma evidente atitude punitivista, mostra a inadequação sistêmica dos elementos conceituais selecionados na definição, cujos efeitos reais aniquilam a eficácia prática de um princípio humanista do sistema penal universal (**Fagundes**, 2019, p. 135-153).

A mínima ofensividade da conduta pretende designar o potencial lesivo da ação realizada, que pode aparecer ou não aparecer no resultado de lesão do bem jurídico — a dimensão quantitativa do injusto definível como insignificante — e, assim, pode descrever o desvalor da ação, mas não descreve o desvalor do resultado que define o princípio da insignificância. Em qualquer caso, o subjetivismo do conceito, dependente de emoções pessoais do intérprete, é insuperável: até que ponto a ofensividade é — ou deixa

de ser — mínima é um problema condicionado por componentes ideológicos e/ou sentimentos inconscientes do julgador.

A exigência de nenhuma periculosidade social da ação introduz um indefinível elemento positivista no conceito de insignificância, que nada tem a ver com a extensão ou a quantidade do injusto típico, com vários problemas adicionais: (a) do ponto de vista jurídico-penal, a periculosidade social — originária das ultrapassadas medidas de segurança — é um conceito problemático, tautológico e amorfo (**Baratta**, 1985), somente pensável em modelos políticos autoritários; (b) do ponto de vista político-criminal é um requisito conceitual açambarcador: a exigência de nenhuma periculosidade social exclui todas as hipóteses de insignificância penal, porque o Legislador atribui um mínimo de periculosidade social às ações descritas na lei penal; (c) do ponto de vista conceitual designa um estado psíquico do agente, inconfundível com a extensão da lesão do bem jurídico, que ameaça substituir o democrático direito penal do fato pelo odioso direito penal do autor.

O reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento incorpora o conceito subjetivo da culpabilidade no conceito objetivo do injusto, confundindo elementos conceituais distintos do fato punível: a extensão objetiva da lesão do bem jurídico, que define a insignificância penal, não tem nada a ver com a natureza subjetiva do juízo de culpabilidade, que define porque o fato é reprovado. E o mais grave, o exagero superlativo do adjetivo reduzidíssimo cria um limiar tão inferior de insignificância, que inviabiliza a ação processual do instituto.

Enfim, a inexpressividade da lesão jurídica provocada parece constituir o único elemento adequado à natureza objetiva do princípio da insignificância, mas com uma desnecessária inovação semântica: redefine o signo insignificância pelo signo “inexpressividade”, uma troca de palavras que funciona como definição formal, mas não contribui para esclarecer o conceito real. Em outras palavras, dizer que a lesão não pode ser expressa — ou seja, que é inexpressiva —, não é o mesmo que falar da insignificância da lesão do bem jurídico.

6. As limitações práticas de uma definição defeituosa

A confusão conceitual da definição do STF, ligada à indevida invasão do injusto por elementos da culpabilidade, produz bloqueios processuais na função política do conceito de insignificância penal, que explica as limitações jurisprudenciais de sua aplicação, como mostram decisões dos Tribunais Superiores, que afastam o princípio da insignificância, entre outras situações, nas seguintes hipóteses:

- a) de reincidência criminal, não obstante constituir característica subjetiva do autor, sem relação com a gravidade do fato (*AgRg no HC 647.941/RO*) — e apesar (i) de configurar falha do Estado no projeto técnico-corretivo de socialização do condenado (**Cirino dos Santos**, 2023, p. 566-570) e (ii) de ignorar a prevalência da real insignificância da lesão do bem jurídico em face da reincidência do autor, conforme decisão recente do STF²;
- b) de maus antecedentes, que não permitem agravar a pena, mas tem admitido a situação equivalente contrária de negar a exclusão da pena (**Brasil**, 2023a) – em plena contradição com a Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), pela qual “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena base” (**Cirino dos Santos; Dieter**, 2023);
- c) de extensa folha de antecedentes determinante de maior reprovabilidade da conduta, com a mesma crítica da proibição de agravar a pena nas situações da Súmula 444, contornada por idêntica negação do direito de excluir a pena (**Brasil**, 2023b);
- d) de furto em concurso de agentes, uma questão de autoria coletiva que não pode ampliar o tamanho objetivo do tipo de injusto comum, mas tem funcionado para excluir a insignificância penal (**Brasil**, 2023c);

e) de crimes contra o patrimônio público, apesar da irrelevância do titular do bem jurídico lesionado para medir a extensão do injusto praticado e da plena admissão do princípio da insignificância em crimes tributários, que lesionam o patrimônio público em extensão muito maior (**Brasil**, 2020);

f) de tráfico de droga, embora a quantidade de droga determine aumento ou redução da pena na jurisprudência (**Brasil**, 2023d), demonstrando que o tráfico de drogas é crime de resultado — e não de perigo abstrato ou presumido —, com regular admissão do princípio da insignificância;

g) de lesão patrimonial superior a 10% (dez por cento) do salário mínimo (**Brasil**, 2023e), um valor irrisório que não pode legitimar privações da liberdade de seres humanos marginalizados, obrigados a viver em condições sociais adversas nas sociedades fundadas na relação capital/trabalho assalariado — aliás, um critério que envilece a liberdade humana e sacraliza o capital em sociedades desiguais.

7. O contexto sócio-histórico dos furtos de bagatela

Pesquisas criminológicas demonstram a perda de significado pessoal e social dos furtos de loja e outros crimes patrimoniais não violentos, por causa (a) da ausência de barreiras materiais da relação mercadoria/comprador, que reduz o limiar de inibição do furto, (b) de estratégias comerciais de autoatendimento, que ampliam o risco de furtos de loja, (c) da sedução do consumidor por técnicas psicológicas de venda, indutoras da compulsão de possuir bens de status por meios não convencionais, (d) da motivação adicional do furto de loja por negligência na vigilância de mercadorias garantidas por seguro, (e) das técnicas de cartões de crédito, bancos eletrônicos e pagamentos sem dinheiro, que aumentam o risco de fraude do consumidor, (f) da impossibilidade fática de proteção sem lacunas da propriedade nas relações de distribuição de mercadorias etc. (**Albrecht**, 2010, p. 322-326).

8. A jurisprudência internacional sobre insignificância do furto

Nos países centrais da economia globalizada, os crimes patrimoniais representam a maior concentração de delitos de bagatela, com pesquisas indicando (a) os valores máximos da insignificância penal e (b) o arquivamento de processos por furto de coisas nesses limites. Na Alemanha, por exemplo, dados da *Polizeiliche Kriminalstatistik* para o ano 2008, indicam 1,25 milhão de furtos, sendo 42% até 50 euros (R\$ 302,00) e 52% abaixo de 15 euros (R\$ 90,60) — ou seja, centenas de milhares de furtos anuais dentro dos limites de insignificância oficial (**Albrecht**, 2010, p. 320).

Arzt, Weber, Heinrich e Hilgendorf (2021, p. 306), sobre a jurisprudência alemã nas lesões do direito de propriedade — a área mais sensível das relações sociais capitalistas —, indicam três níveis de insignificância do furto de bagatela, excludentes da persecução penal: (a) furtos de coisas de mínimo valor, em casos de ausência (i) de requerimento da vítima e (ii) de interesse público especial de persecução, são arquivados pelo Ministério Público; (b) furtos de coisas de absoluto valor mínimo (até 50 euros, ou R\$ 303,00), se ausente interesse público especial de persecução, apesar de requerimento da vítima, são arquivados pelo Ministério Público, independentemente de intervenção judicial; c) furtos de coisas de relativo valor mínimo (até 75 euros, ou R\$ 455,00), são arquivados pelo Ministério Público, igualmente sem intervenção judicial, mediante pagamento pelo autor do valor da coisa em caixa estatal.

Aqui, salta aos olhos uma relação social subjacente: se a pressão da privação econômica das classes subalternas de países centrais pode excluir a pena, nos limites de insignificância previstos, então a exclusão da pena também pode ser admitida em países da periferia dependente do sistema econômico globalizado, nos limites de bagatela referidos, evitando penas desproporcionais sobre jovens pobres, punidos pelo Judiciário para proteger o capital de danos patrimoniais desprezíveis. Aliás, como informa a Criminologia, esta seria uma tendência do capitalismo monopolista

nas nações subordinadas da relação imperialismo/dependência: quanto mais precárias as condições de vida das classes populares, maior a pressão psíquica e social para satisfação de necessidades elementares por meios criminalizados — por exemplo, o furto de lojas (*soutiens*, calcinhas, blusas, cintos, meias, calças etc.) ou de supermercados (carnes, queijos, massas, doces, comidas, bebidas etc.) — em geral, tentativa de crime impossível, por ineficácia do meio. Na época do neoliberalismo, a concentração/centralização do capital generaliza a miséria social das periferias urbanas, enquanto as técnicas de venda dos monopólios estimulam práticas criminais de bagatela por jovens pobres, punidos por ações determinadas pela penúria econômica e pelas técnicas de venda do capital.

9. Outros casos de insignificância rejeitados pela jurisprudência

A justiça criminal brasileira, aplicando os difusos critérios punitivistas do conceito do STF, ainda rejeita a insignificância em casos de furto qualificado e de roubo, com argumentos conflitantes com a dogmática penal.

No caso de furto qualificado, a jurisprudência não tem admitido o princípio da insignificância, mesmo em coisas de valor ínfimo — por exemplo, punição de tentativa de furto qualificado de coisa no valor de R\$ 21,00 (vinte e um reais) (**Brasil**, 2013) —, uma orientação jurisprudencial objeto de crítica científica, porque as circunstâncias qualificadoras se referem ao modo de execução do furto, relacionado ao desvalor de ação (escalada, destreza, rompimento de obstáculo etc.), e não ao desvalor do resultado, objeto exclusivo do princípio da insignificância (**Fagundes**, 2019, p. 190-191).

No caso de roubo, um crime complexo integrado por duas lesões de bens jurídicos (violência e subtração patrimonial), a jurisprudência tem rejeitado a insignificância, novamente em conflito com a melhor literatura, que esclarece a hipótese deste modo: se a lesão de um desses bens jurídicos é irrelevante, então (a) ou desclassificação do fato para furto simples (se a violência é irrelevante), (b) ou desclassificação do fato para simples constrangimento (se o valor da coisa é irrelevante), com possível extensão do princípio da insignificância ao resultado subsistente (**Fagundes**, 2019).

10. A absurda invocação do delito de acumulação contra a insignificância

Os chamados delitos de acumulação constituem um artifício de argumentação contra hipóteses do princípio de insignificância, assim estruturado: delitos isolados insignificantes (por exemplo, furto de uma garrafa de cachaça em supermercado) são inseridos em perspectiva de reiteração hipotética por múltiplos autores indeterminados (por exemplo, 100 pessoas furtam, individualmente, uma garrafa de cachaça no mesmo supermercado), para produzir o chamado delito de acumulação — uma hipótese inventada por punitivistas para penalizar um insignificante delito isolado, sob argumentos claramente falsos: (a) a insignificância do delito isolado não é modificada por uma suposta massificação da conduta em imaginários futuros fatos puníveis; (b) o Direito Penal da culpa não admite punição por supostos fatos de terceiros (**Fagundes**, 2019, p. 222-227).

11. A hipótese paradigmática do Direito Penal Econômico

A vinculação da atividade econômica da sociedade civil, na produção, na circulação e no consumo de mercadorias, com o papel do Estado de regulação dessa atividade econômica, configura o Direito Penal Econômico. O critério objetivo específico utilizado como parâmetro da insignificância penal em crimes contra o sistema tributário — a sonegação fiscal, por exemplo — é determinado pelo valor mínimo para inclusão em dívida ativa, ou para ajuizamento de execução fiscal, definidos pelo Banco Central, ou pela Receita Federal, nos seguintes patamares: (a) R\$ 2.500,00

(dois mil e quinhentos reais), pela antiga Lei 10.522/2002; (b) ampliação para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), pela Lei 11.033/2004, admitida pelo STF e pelo STJ; (c) nova ampliação para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), pela Portaria 75/2012, do Ministério da Fazenda, já admitida pelo STF, mas ainda não pelo STJ. A política criminal redutora da criminalização em crimes tributários merece todo aplauso — na verdade, a matéria deveria ser objeto do Direito Administrativo, pelo princípio da subsidiariedade e conforme propostas da Criminologia Crítica (Baratta, 1985) —, mas a absoluta desigualdade de critérios da insignificância nos crimes tributários e no Direito Penal de bagatela denuncia a natureza classista do sistema de justiça criminal brasileiro.

12. Um possível novo patamar de insignificância na bagatela patrimonial

Em crimes patrimoniais não violentos, em geral, e no caso de furto de loja, em especial, considerando as precárias condições de vida das classes subalternas brasileiras, e os privilégios das classes hegemônicas no âmbito do Direito Penal Econômico, é legítimo propor a seguinte questão: por que não ampliar a insignificância, em crimes patrimoniais não violentos, pelo menos até a metade do salário-mínimo vigente? A proposta é razoável, mas formulada com prévia consciência de sua rejeição pela jurisprudência — uma rejeição que ratifica a existência de dois critérios na justiça criminal brasileira, demonstrados pelo valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) como limite do princípio da insignificância em crimes tributários, e o limite de 10% do salário-mínimo para a insignificância em crimes patrimoniais não violentos (Brasil, 2003)³. Afinal, ambos os casos tratam de lesão patrimonial, somente diferenciados pelo tipo social de autor: aplicação do princípio da insignificância à relevante lesão tributária do empresário, negação do princípio da insignificância ao irrelevante furto de bagatela de jovens pobres.

13. A garantia das relações sociais pelo sistema penal

O sistema penal garante o sistema social material (relações de propriedade) e ideológico (relações de poder político) mediante (a) funções ilusórias de combate à criminalidade e (b) funções reais de garantia das relações de desigualdade da formação social capitalista (Baratta, 1985).

No período de dominação do capital financeiro sobre as economias dependentes da América Latina, o tema do princípio da insignificância tem o mérito de mostrar as distorções de classe da jurisprudência criminal, produzidas pela ação psíquica de metarregras (ou *basic rules*), descobertas pelos estudos fenomenológicos de Cicourel (1970, p. 4-45; Cirino dos Santos, 2021, p. 222 *et seq.*) e outros, que determinam o significado concreto da decisão judicial: preconceitos, estereótipos, traumas e outras idiosincrasias pessoais ou distorções ideológicas que informam as percepções e atitudes do intérprete, desencadeadas por indicadores sociais negativos de raça, pobreza, desemprego, marginalização, moradia em favelas etc., responsáveis pela seletividade da clientela do sistema penal, constituiriam as

determinações emocionais decisivas do processo de criminalização (Sack, 1968, p. 469).

Juízes identificados com as classes e categorias sociais hegemônicas — a grande maioria de juízes conservadores — são refratários ao princípio da insignificância na criminalidade de bagatela, sempre examinado em perspectiva de repressão; juízes identificados com as classes e categorias sociais subalternas — uma pequena minoria de notáveis juízes brasileiros — são favoráveis ao princípio da insignificância nos crimes de bagatela, aplicado com democrática generosidade social.

14. Conclusão

Como se sabe, o princípio da insignificância tem raízes históricas antigas, conforme proclama o brocardo romano "*de minimis non curat Praetor*" — em outras palavras, o Magistrado romano, ao

contrário do Magistrado brasileiro, não cuidava de insignificâncias.

Uma sábia aplicação do Direito Penal não se limita ao conhecimento do sistema de leis que disciplina a vida do povo. Juízes e Tribunais também precisam conhecer a vida do povo submetido ao sistema de leis — ou seja, conhecer a estrutura de classes da sociedade e, de modo especial, as relações de poder que distribuem as classes sociais entre um núcleo central privilegiado e rico, em geral imune à repressão penal, e uma imensa massa oprimida e pobre das periferias urbanas, objeto privilegiado do sistema penal.

Hoje, as modernas bases científicas do princípio da insignificância, fundadas nos argumentos indicados, estão a exigir uma profunda revisão do conceito na jurisprudência brasileira. A violação de direitos humanos fundamentais das periferias urbanas, mediante negação estrutural de necessidades existenciais do povo, pressiona os instintos de sobrevivência e de agressividade (Freud, 1923, p. 648-

649) de pessoas excluídas do processo civilizatório, na direção de ações mais ou menos lesivas da lei penal — incluindo enorme quantidade de ações insignificantes, que a sabedoria dos órgãos jurisdicionais precisa reconhecer, até mesmo para compensar desigualdades sociais reais da violenta ordem do capital.

O significado político-criminal dessa atitude humanista reduz intolerâncias de interpretações punitivistas, com alívio parcial das condições sociais adversas das classes subalternas, além de conter a inútil expansão da população carcerária. O Estado brasileiro, apesar de sua natureza capitalista, não pode atribuir às camadas miserabilizadas da população as consequências psicossociais de políticas estruturais e institucionais classistas e racistas, responsáveis pelas determinações psíquicas e emocionais da vida do povo, na luta desigual pela simples sobrevivência animal no mundo do capital.

[...] juízes identificados com as classes e categorias sociais subalternas — uma pequena minoria de notáveis juízes brasileiros — são favoráveis ao princípio da insignificância nos crimes de bagatela, aplicado com democrática generosidade social.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** somente o pesquisador que cumpre o requisito de autoria deste artigo é listado como autor. **Declaração de originalidade:** o autor garante que o texto aqui publicado não foi

publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ele também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil)

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. O princípio da insignificância na jurisprudência brasileira. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 32, n. 384, p. 8-12, 2024. DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.13882986>. Disponível

em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1672. Acesso em: 1 nov. 2024.

Notas

- ¹ No sentido do texto, decisão recente do STJ (Brasil, 2024).
- ² *RHC* 210.198 (Brasil, 2022a), que, apesar da reincidência, aplica o princípio da insignificância em tentativa de furto de uma peça de picanha em supermercado, por exclusão da tipicidade material.

- ³ Fixando o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), alterado para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), conforme o art. 20 da Lei 10.522/2002 e as Portarias 75/2012 e 130/2012, do Ministério da Fazenda.

Referências

- ALBRECHT, Peter-Alexy. *Kriminologie: eine Grundlegung zum Strafrecht*. 4. ed. Munique: C.H. Beck, 2010.
- ARZT, Gunther; WEBER, Ulrich; HEINRICH, Bernd; HILGENDORF, Eric. *Strafrecht: Besonderer Teil*. 4. ed. Bielefeld: Gieseking, 2021.
- BARATTA, Alessandro. *Principi del diritto penale minimo: Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1985.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 2258620/RS, Rel. Min. Teodoro Silva Santos, DJe 15 dez. 2023a. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203731890&dt_publicacao=15/12/2023. Acesso em: 7 out. 2024.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 2346640/MG, Rel. Min. Teodoro Silva Santos, DJe 12 dez. 2023b. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202301403030&dt_publicacao=12/12/2023. Acesso em: 7 out. 2024.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 647.941/RO, Rel. Min. Sebastião Reis Jr., DJe 16 ago. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202301403030&dt_publicacao=12/12/2023. Acesso em: 7 out. 2024.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 849.308/SP, Rel. Min. Antonio S. Palheiro, DJe 30 nov. 2023c. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202303042542&dt_publicacao=30/11/2023. Acesso em: 7 out. 2024.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 857.455/MG, Rel. Min. Reinaldo Soares da Fonseca, DJe 16 nov. 2023d. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202303515802&dt_publicacao=16/11/2023. Acesso em: 7 out. 2024.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 858.869/GO, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 12 dez. 2023e. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202303600090&dt_publicacao=12/12/2023. Acesso em: 7 out. 2024.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 619.142/PR, Rel. Min. Reynaldo S. da Fonseca, DJe 23/22/2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC* 210.198, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 14 jan. 2022a.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC* 891.079, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 22 fev. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC* 84.412/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 19 nov. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595>. Acesso em: 7 out. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC* 81511/MG, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 17 jun. 2003.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC* 113.972/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 10 maio 2013.
- CICOUREL, Aaron Victor. Basic and normative rules in the negotiation of status and role. In: HANS, Peter Dreitzel (Org.). *Recent sociology*. Nova York: MacMillan, 1970. p. 4-45.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez; DIETER, M. Stegemann. O tráfico de drogas na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: análise crítica. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 31, n. 371, p. 5-9, 2023. <https://doi.org/10.5281/zenodo.8350295>
- FAGUNDES, Rafael. *A insignificância no Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2019.
- FREUD, Sigmund. *Das Ich und das Es*. Viena: Internationaler Psychoanalytischer, 1923.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4. ed. Munique: C. H. Beck, 2016.
- SACK, Fritz. Neue Perspektiven in der Kriminologie. In: KONIG, R.; SACK, Fritz (Org.). *Kriminalsoziologie*, 1968.
- WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlin: De Gruyter, 1969.

Autor convidado.

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A DOGMÁTICA PENAL

THE PRINCIPLE OF EQUALITY AND CRIMINAL DOGMA

Pierpaolo Cruz Bottini¹



Universidade de São Paulo, USP, Brasil
pierpaolo@btadvogados.com.br

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.13881955>

Resumo: O artigo tem o objetivo de discutir o princípio constitucional da igualdade como elemento de orientação teleológica da dogmática penal e seus impactos sobre a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade dos atos praticados pelos indivíduos socialmente vulneráveis.

Palavras-chave: legalidade; princípio da lesividade; princípio da insignificância.

Abstract: The aim of this article is to discuss the constitutional principle of equality as a guiding teleological element of criminal science and its impacts on the typicality, unlawfulness, and culpability of members of the most vulnerable segments of society.

Keywords: legality; principle of harm; principle of insignificance.

1. Introdução

Dogmática penal é a sistematização das ideias com o objetivo de organizar o pensamento criminal e garantir coerência na aplicação das normas. Apoiada em premissas filosóficas e ideológicas, busca formatar conceitos para alcançar segurança e justiça na distribuição do direito, de acordo com as peculiaridades e o contexto histórico na qual se desenvolve.

O objetivo do presente artigo não é debater as propostas de estruturação dos diferentes sistemas dogmáticos, mas, a partir da premissa de que o direito posto é elemento que deve ser levado em consideração em todos eles, debater o rendimento do princípio da igualdade — previsto no caput do art. 5º da Constituição e em diversos outros dispositivos constitucionais — como elemento de orientação teleológica da dogmática penal, em especial no Brasil.

Igualdade significa tratar de forma isonômica os cidadãos, vedar a criação de privilégios ou benefícios sem justificativa juridicamente fundada e incentivar instrumentos para reduzir assimetrias estruturais ou conjunturais na aplicação da norma pelos agentes estatais. A garantia da dignidade humana, princípio vertebral do ordenamento brasileiro, só existe com igualdade jurídica que permita o reconhecimento recíproco e isonômico das esferas de autodeterminação entre os membros da comunidade jurídica. Do contrário, a consagração positiva da liberdade será uma mera

impressão subjetiva sem respaldo comunicativo, uma falácia sem efeitos práticos.

A previsão constitucional da igualdade não significa isonomia plena entre os integrantes da sociedade, nem legitima a intervenção estatal para suprimir toda e qualquer distinção, natural em qualquer organização humana (Bobbio, 2022, p. 29). Definir o grau de igualdade que deve orientar o direito não é tarefa simples, porque não se trata de um valor absoluto, mas de uma relação, uma medida, que demanda critérios materiais para fixar seus contornos e definir as hipóteses em que intervenções para sua garantia são legítimas.

O ordenamento jurídico faz distinções legítimas entre pessoas e categorias. Exclui mulheres e eclesiásticos do serviço militar obrigatório, concede imunidade de opiniões, palavras e votos a parlamentares, afasta a culpabilidade dos menores de 18 anos, prevê penas mais brandas para crimes contra a vida praticados por mulheres contra filhos no estado puerperal. Essas desigualdades constitucionais ou legais não afetam a isonomia, dada a existência de um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade que fundamenta a diferenciação e o tratamento distinto conferido, fundado em interesses constitucionalmente protegidos, como a preservação da dignidade humana, a redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras

¹ Professor livre-docente da Faculdade de Direito da USP, membro titular do CNPCP. Advogado. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2010889300740486>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8531-468X>.

formas de discriminação (CF, art. 3º, incisos III e IV), dentre outras finalidades abrangidas pelo ordenamento (Mello, 1997, p. 17; Rocha, 1990, p. 46).

Nesse contexto, a desigualdade socioeconômica é um elemento que deve ser levado em consideração para aferir a constitucionalidade das leis, tanto para reconhecer a legitimidade de tratamentos distintos, que visem reduzir a distância entre as diferentes categorias com relação a oportunidades e acesso a direitos, quanto para afastar a incidência de normas ou interpretações que acirrem esse desequilíbrio social (González Sánchez, 2023, p. 44). No campo criminal, leis que concedam privilégios justificados aos mais vulneráveis, como a atipicidade do abatimento de animais para saciar a fome, ou que prevejam punições mais graves a condutas contra grupos historicamente discriminados, como os crimes contra a honra de cunho racial ou homofóbico, não violam a igualdade constitucional. Por outro lado, não passam no teste de isonomia normas que abrigam desigualdades sem justificativa, como o art. 25 da Lei de Contravenções Penais, que pune o conhecido como vadio ou mendigo que porta instrumentos usualmente empregados na prática de crime de furto, caso não prove sua destinação legítima. A distinção feita entre vadios e mendigos e os demais cidadãos tem por base a presunção, sem fundamento legal, de que os primeiros seriam mais propensos a cometer crimes contra o patrimônio, o que não encontra amparo na igualdade constitucional.

2. Igualdade e dogmática penal

Para além de um critério de controle de constitucionalidade das normas, o princípio da igualdade é um instrumento importante para a orientação teleológica da dogmática, capaz de impedir a incidência distinta da norma penal sobre os diversos grupos sociais que compõem a comunidade jurídica e evitar que sua aplicação seja um fator de acirramento de desigualdades (Silva, 2022, p. 129).

Para isso, é preciso perceber que a relação das instituições responsáveis pela aplicação da norma penal com os integrantes da comunidade jurídica é diferente a depender do segmento social ao qual eles pertencem¹. Abordagens policiais, denúncias, condenações e penas são mais frequentes quando membros de grupos socialmente vulneráveis (pobres, negros, travestis, prostitutas) são submetidos ao escrutínio penal. Há uma seleção dos elegíveis à pena, em geral em decorrência de fatores como cor, local de moradia ou educação (Zaffaroni *et al.*, 2017, p. 44). São os estigmatizados (Goffman, 2008, p. 15), para quem o chamado Direito Penal moderno — sedimentado na Ilustração, que traz os princípios da legalidade, subsidiariedade, fragmentariedade e proporcionalidade, da presunção de inocência e da culpabilidade — nunca foi aplicado integralmente.

Essa incidência distinta das normas penais sobre os grupos sociais é um dado ontológico, uma realidade que deve ser levada em consideração para a construção da dogmática, uma vez que impacta suas premissas (Cirino dos Santos, 2020, p. 35).

Qualquer teoria da pena, por exemplo, considera a relação real entre o Estado e os cidadãos para orientar-se em direção ao dever ser ideal. Para aqueles que veem na sanção penal uma retribuição, um reforço comunicativo da vigência da norma, a exclusão social tem largo impacto. Quando um setor (excluídos) é afastado estruturalmente do conjunto de garantias oponível aos demais membros da comunidade e outro (privilegiados) é imune à incidência da norma penal por conta de privilégios penais e processuais, os mecanismos de redução de contingências que

sustentam a legitimidade dos comandos normativos, e motivam sua obediência, deixam de existir. A força comunicativa da norma penal e da sanção falha diante da vulnerabilidade estrutural de certos grupos, que não têm expectativa de proteção estatal de seus espaços de dignidade perante terceiros e as próprias agências penais (Kindhäuser; Mañalich, 2009, p. 24). Por outro lado, as teorias que sustentam ser a pena um instrumento de proteção de bens jurídicos também são impactadas pela exclusão social, que coloca em xeque sua funcionalidade, pela desproporção da comunicação preventiva, positiva ou negativa, àqueles que não participam da comunidade jurídica de forma plena.

Deve a dogmática, portanto, escrutinar a desigualdade como elemento desestabilizador da racionalidade da pena e de sua aplicação para desenvolver instrumentos mais efetivos de superar tais anacronismos.

Na história do pensamento penal, no entanto, ao invés de reconhecer na desigualdade um problema a ser enfrentado, inúmeros juristas sugeriram intervenções político-criminais voltadas, explícita ou implicitamente, a acirrar tal desequilíbrio.

Von Liszt (2006, p. 59) afirmava que os criminosos habituais eram o câncer da sociedade e recomendava um tratamento penal mais severo para esse grupo, que abrigava mendigos e vagabundos, prostitutas e michês, alcoólatras e gente de origem social ambígua, todos reunidos no grupo do “proletariado”. Welzel (1976, p. 19) apontava a existência de criminosos de estado, de caráter degenerado, grupo que incluía “o mendigo, o vagabundo, o reacionário ao trabalho, as prostitutas”, justificando a aplicação distinta da sanção de acordo com características que, em última análise, referem-se à sua classe social.

Por outro lado, e em tempo distinto, a incidência desigual das normas penais sobre os diferentes grupos sociais, e seus desdobramentos dogmáticos, foi objeto de atenção de outros autores (Beade; Lorca, 2017; Ciguela Sola, 2019; Correcher Mira, 2023; Duff, 2003; Gargarella, 2010; Martínez Escamilla, 2005; Silva Sánchez, 2022). Silva Sánchez (2022, p. 25), por exemplo, aponta que o funcionamento defeituoso do sistema social indica a corresponsabilidade da sociedade com a comissão do delito e defende atenuar ou excluir a responsabilidade individual em alguns desses casos. Ciguela Sola (2019, p. 144)² sugere que, em crimes específicos, é possível admitir a exclusão social como elemento redutor ou supressor da punição, pela ampliação da abrangência do estado de necessidade ou pela inexigibilidade de conduta diversa. Zaffaroni *et al.* (2017, p. 167 *et seq.*) também buscam elementos para incorporar a igualdade na dogmática, em especial por meio da ideia da culpabilidade pela vulnerabilidade, pela qual o vínculo pessoal do injusto com seu autor é derivado da periculosidade do sistema penal em relação a ele, verificado a partir de dados referentes à sua classe social, sua inserção nas relações sociais de produção e outras condições que interfiram em sua posição na hierarquia social. Juarez Tavares (2018, p. 443) aponta que a marginalização social pode ser causa de exculpação.

3. A igualdade como elemento teleológico

Em um sistema ideal, a legitimidade da norma penal decorre de um pacto estabelecido entre cidadãos para formar uma comunidade de liberdades, na qual as instituições públicas protegem espaços de dignidade, enquanto seus membros contribuem com a estabilidade das relações cumprindo as normas, sempre racionalmente pautados por essa funcionalidade de preservar a autonomia de cada mundo de vida. O Estado exerce uma espécie

de função de garante de proteção das liberdades em relação a agressões de terceiros (negativa) e a promoção de um mínimo de dignidade econômica e cultural aos cidadãos para garantir entre eles um nível básico de reconhecimento recíproco (positiva) (**Silva Sánchez**, 2022, p. 86).

Ocorre que mundo ideal não existe, em especial na América Latina. Há um déficit de legitimidade da sanção em relação àqueles que convivem cotidianamente com a dignidade em xeque pela ausência de qualquer prestação estatal para o usufruto dessas mesmas liberdades, seja porque vivem em penúria econômica, seja porque estão sob o domínio de organizações criminosas. Os excluídos não usufruem plenamente do Estado Democrático de Direito, do sentimento de integrar uma comunidade jurídica e do reconhecimento pelos demais como pessoa. A reflexividade necessária à consciência pessoal em comunidade é restrita, e isso afeta sua relação com o direito enquanto modelo de conduta e pauta de expectativas legítimas de proteção de liberdades.

Para os incluídos, a normalidade é a preservação dos espaços de dignidade. O delito é uma frustração conjuntural das expectativas de proteção, o que justifica a pena, seja como prevenção, retribuição ou reforço contrafático para preservar a normalidade estrutural das relações. Para os excluídos, a frustração com a vigência da norma é estrutural. Não se trata de um caso excepcional, mas de um cotidiano, de forma que a violação dos mandamentos jurídicos não gera frustrações, apenas a confirmação de um *status* de exclusão (**Silva Sánchez**, 2022, p. 79). É preciso repensar institutos dogmáticos para modular a incidência da norma penal nesses casos. Não se trata de criar uma dogmática penal do excluído, mas encontrar um anteparo axiológico, uma diretriz normativa para inserir no sistema elementos que permitam levar em consideração as condições sociais de determinadas pessoas ou grupos na identificação do crime e na dosagem da pena.

O princípio constitucional da igualdade pode desempenhar esse papel de orientação teleológica na interpretação e aplicação das normas penais, colaborar na formatação de conceitos para solucionar questões específicas relacionadas à desigualdade e, ao mesmo tempo, evitar a casuística tão comum nesse setor.

Um exemplo: nos crimes contra a ordem tributária, em geral praticados pelos mais abastados, o pagamento dos valores devidos pelo réu, a qualquer tempo, extingue sua punibilidade. Tal benefício não existe para os demais crimes patrimoniais, como o furto e o estelionato, com agentes de classes sociais diferentes. Não há correlação lógica entre a desigualdade jurídica e a natureza dos crimes. Todos afetam patrimônios, são dolosos e praticados sem violência ou grave ameaça. Pode-se dizer que os fiscais

são relacionados a uma capacidade arrecadatória do Estado e, os demais, afetam diretamente o patrimônio de terceiros, mas tal distinção não parece suficiente para justificar o afastamento da intervenção penal pela reparação apenas no primeiro caso e impedir o mesmo efeito no segundo. Manter o benefício apenas para os crimes contra a ordem tributária, em geral praticados por aqueles que se encontram em substratos sociais mais elevados, e afastá-lo dos demais delitos similares colide com o objetivo constitucional de construir uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (CF, art. 5º, I e III). A igualdade, aqui, pode cumprir um papel relevante para estender o benefício da extinção de punibilidade, por analogia, para todos aqueles que praticam crimes de natureza similar aos tributários.

A ideia de igualdade pode ainda moldar a tipicidade do crime culposos ou do dever de garante, na omissão imprópria. Os parâmetros do dever de cuidado podem ser distintos em razão da situação social do agente. A extensão dos deveres de garantia de uma mãe ou pai que deixam seus filhos bebês sob a supervisão de outros ainda crianças, porque precisam trabalhar e não têm condições de contratar babás ou de acionar parentes, é distinta daquela que incide sobre genitores com melhores condições econômicas.

No âmbito da antijuridicidade, é possível revisitar a abrangência e a atualidade do perigo necessário à legítima defesa ou ao estado de necessidade agressivo dos excluídos em situações de abandono institucional em contextos de violência, como nas hipóteses de tirania doméstica ou de jurados de morte em presídios. Na culpabilidade, a definição do erro de proibição, da obediência hierárquica ou da inexigibilidade de conduta diversa apresentam contornos distintos a depender da condição social do agente, da mesma forma que, na punibilidade, institutos como o perdão judicial e o indulto podem considerar a situação econômica do condenado para atenuar ou extinguir a pena.

Esses e muitos outros exemplos revelam como o princípio da igualdade pode cumprir um papel relevante na dogmática penal. A tarefa do jurista, mais que organizar um sistema abstrato de ideias, é orientar o intérprete para a realização da justiça material e garantir a legitimidade dos comandos normativos. Deve, para isso, levar em conta a realidade concreta das desigualdades e incorporar esse dado ontológico na interpretação e aplicação da norma penal. Como ciência racional contra o arbítrio, a dogmática deve se ocupar não apenas do exercício abstrato do poder, mas das formas concretas e materiais pelas quais esse poder é exercido efetivamente, das fontes reais de força e de submissão que organizam ou desorganizam determinados setores sociais.

A construção de um sistema dogmático precisa considerar as profundas assimetrias no tratamento dos grupos mais vulneráveis, resultantes de um histórico de privilégios e preconceitos que marcam a relação das instituições penais com pobres, negros e excluídos.

A construção de um sistema dogmático precisa considerar as profundas assimetrias no tratamento dos grupos mais vulneráveis, resultantes de um histórico de privilégios e preconceitos que marcam a relação das instituições penais com pobres, negros e excluídos. É necessário incorporar a análise da realidade social e das desigualdades estruturais nos programas de política criminal que orientam teleologicamente a dogmática.

A incorporação do princípio da igualdade como elemento

teleológico pode cumprir com esse papel, orientando a interpretação de leis e sua aplicação ao caso concreto, sem casuismos de qualquer espécie. Não se espera que a dogmática, ao incorporar a ideia de isonomia, seja o instrumento de superação das desigualdades estruturais da sociedade brasileira, mas ao menos pode deixar de ser um elemento de acirramento do desequilíbrio, ao reduzir a má distribuição da incidência da norma penal entre os diversos segmentos da comunidade jurídica.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** somente o pesquisador que cumpre o requisito de autoria deste artigo é listado como autor. **Declaração de originalidade:** o autor garante que o texto aqui publicado não

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

Como citar (ABNT Brasil)

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O princípio da igualdade e a dogmática penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 32, n. 384, p. 13-16, 2024. DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.13881955>. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1651. Acesso em: 1 nov. 2024.

org/10.5281/zenodo.13881955. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1651. Acesso em: 1 nov. 2024.

Notas

¹ As funções manifestas do Direito Penal não coincidem com as funções latentes ou reais, representadas pelo concreto funcionamento das agências policiais, como apontam Zaffaroni *et al.* (2017, p. 88). Sobre o tema, ver: Gonzáles Sánchez (2023, p. 51).

² Na mesma linha de conferir importância à apreciação da vulnerabilidade do agente para a aplicação da pena e para o reconhecimento de estados de necessidade em certos crimes patrimoniais, ver: Cruz Blanca (2023, p. 45).

Referências

BEADE, Gustavo A; LORCA, Rocío. ¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social. *Isonomía*, Cidade do México, n. 47, p. 135-164, 2017. Disponível em: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182017000200135. Acesso em: 17 out. 2024.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2022.

CIGUELA SOLA, Javier. *Crimen y castigo del excluído social: sobre la ilegitimidade política de la pena*. Valência: Tirant lo Blanch, 2019.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

CORRECHER MIRA, Jorge. (Org.). *Sistema penal y exclusión: una mirada integral al conflicto de la desigualdade en el ámbito del Derecho Penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 2023.

CRUZ BLANCA, María José. La individualización de la pena frente a las vulnerabilidades. In: CUESTA AGUADO, Paz M. de la; SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, Bárbara (Org.). *Derecho penal y distribución de la riqueza en la sociedade tecnológica*. Valência, Tirant lo Blanch, 2023. p. 43-60.

DUFF, Robin Antony. *Punishment, communication and community*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

GARGARELLA, Roberto. Penal coercion in contexts of unjust inequality. In: SEMINARIO EN LATINOAMÉRICA DE TEORÍA CONSTITUCIONAL Y POLÍTICA (SELA), 2010, New Haven. *Papers* [...]. New Haven: Yale Law School, 2010. Disponível em: <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/17583>. Acesso em: 1 out. 2024.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

GONZÁLES SÁNCHEZ, Ignácio. Sistema penal y estratificación social. In: CORRECHER MIRA, Jorge (Org.). *Sistema penal y exclusión: una mirada integral*

al conflicto de la desigualdade en el ámbito del Derecho Penal. Valência: Tirant lo Blanch, 2023.

KINDHÄUSER, Urs Konrad; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho*. Peru: Ara, 2009.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. Pobreza, estado de necesidad y prevención general: los correos de la cocaína y el tribunal supremo español. *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, v. 12, p. 5-52, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Malum passionis: mitigar a dor do Direito Penal*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 44. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiro, 2022.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

VON LISZT, Franz. *A ideia do fim no Direito Penal*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Rideel, 2006.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman: Parte general*. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1976.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: volume 1 – Teoria Feral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

VITIMODOGMÁTICA E TEORIA DA PENA: O DESINTERESSE DO OFENDIDO COMO VETOR FUNCIONAL TELEOLÓGICO REDUTOR

A VICTIM-CENTERED APPROACH TO THE THEORY OF PUNISHMENT: USING THE DISINTEREST OF THE OFFENDED TO MITIGATE CRIMINAL SANCTIONING

Helena Zani Morgado¹  

Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
helenamorgado@defensoria.rj.def.br

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.13631302>

Resumo: Este trabalho tem por objetivo analisar se o desinteresse do ofendido na persecução penal pode representar um vetor de ingerência na teoria da pena, com fulcro no paradigma deslegitimante. Trata-se de um estudo de vitimodogmática crítica, a partir de uma perspectiva funcional teleológica redutora, que está umbilicalmente relacionada aos princípios da intervenção mínima e da *ultima ratio*.

Palavras-chave: direito penal; vítima; vitimologia.

Abstract: This essay aims to analyze whether the victim's lack of interest in criminal prosecution can provide a new perspective within the theory of punishment. This critical criminology study goal is to reduce criminal sanctioning through a victim-centered approach, subscribing to principles of *ultima ratio* and minimal intervention.

Keywords: criminal law; victim; victimology.

1. Introdução

Uma das principais características do sistema criminal tradicional consiste em converter os conflitos entre as partes em uma relação entre o ofensor e o Estado. Não por outra razão, a Constituição de 1988 conferiu ao Ministério Público a titularidade da ação penal, que, como se sabe, é, em regra, pública incondicionada. Esse desenho institucional acaba por afastar a vítima — principal interessada na resolução da controvérsia — da composição da resposta institucional às condutas criminalizadas. É sintomático, nesse contexto, notar que o Código de Processo Penal incluiu o capítulo intitulado “Do Ofendido” dentro do Título VII (“Da Prova”), e não no Título VIII (“Do Juiz, do Ministério Público, do Acusado e Defensor, dos Assistentes e Auxiliares da Justiça”) (Brasil, 1941).

O modelo punitivo erigido sobre o confisco compulsório do conflito, portanto, faz com que as vítimas sejam meras “notas de rodapé do processo criminal” (Zehr, 2008, p. 31) e, ao fim

e ao cabo, tornem-se vítimas “também do sistema punitivo” (Shecaira, 2014, p. 310).

Neste breve espaço, buscar-se-á redirecionar o olhar normativo-axiológico para o ofendido na teoria da pena, com fulcro no paradigma deslegitimante. Pretende-se, assim, trabalhar a vitimodogmática a partir de uma perspectiva funcional teleológica redutora. Para tanto, o trabalho será desenvolvido a partir de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com vistas a aferir se o Superior Tribunal de Justiça (STJ), órgão responsável pela solução definitiva dos casos criminais que não envolvam matéria constitucional, já atendeu aos anseios não punitivistas da vítima para deixar de aplicar a pena em alguma hipótese. Reputa-se viável, como se demonstrará nas próximas linhas, trabalhar o desinteresse do ofendido na persecução criminal como um óbice ao exercício do poder punitivo no momento de injunção da sanção criminal.

¹ Mestre em Direito Penal pela UERJ. Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Assessora de Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4366981791217949>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2685-5651>. Instagram: [instagram.com/helenamorgado](https://www.instagram.com/helenamorgado).

2. Para que(m) deve servir a punição?

A racionalidade penal moderna (Pires, 2004) vislumbra a punição em uma dimensão dúplice, isto é, como uma obrigação, de um lado, e como uma necessidade, de outro; por essa razão, afirma-se que, havendo crime, haverá pena. A sanção, notadamente a privativa de liberdade, é apresentada como alternativa unívoca à questão criminal e como consectário lógico da prática de um fato típico, antijurídico e culpável. É com base nessa constatação que **Ilana Luz** (2011, p. 80) sintetiza que “[...] a violação de uma norma de comportamento deve, sempre, ser seguida da aplicação de uma norma de sanção, consubstanciada em uma pena afluiva”.

O Direito Penal, então, acabar por se restringir a uma fórmula mecanicista redutora de complexidades — ou ao que **Salvo de Carvalho** (2005, p. 311) denominou “método de despedaçamento”.

Um breve olhar para o passado indica que o sistema de justiça criminal que restou consolidado a partir do século XIII na Europa ocidental utilizou-se da pena pública para erigir e solidificar o poder punitivo centralizado. Foram Rusche e Kirchheimer, em “Punição e Estrutura Social”, que evidenciaram que os mecanismos de punição, enquanto fenômenos sociais, possuem inerente relação com as forças produtivas e com os métodos de produção — e que a origem do cárcere está imbricada ao surgimento do sistema capitalista.

Como ensina **Zaffaroni** (2001, p. 203), se o sistema penal é um fato de poder, a pena não pode pretender nenhuma racionalidade, ou seja, não pode ser explicada a não ser como manifestação do poder. “Deve-se perceber a pena, pois, como um fenômeno político” (Morgado, 2018, p. 55).

É preciso, então, sobrepujar as falácias que envolvem o conceito jurídico de pena e as justificativas legitimantes do cárcere. Cumpre, nesse contexto, transcrever o fino alerta de **Nilo Batista** (2022, p. 254):

Se o penalista quiser continuar acreditando nas funções idealizantes que as penas jamais cumpriram, boa viagem; e já que aprecia tanto a ficção, introduza o boto na dogmática dos crimes sexuais na Amazônia e pense na responsabilização omissiva imprópria do padre pelos crimes da mula-sem-cabeça. Está encerrada a idade da inocência.

Significa dizer que a pena é uma manifestação simbólica; o objeto da punição, em última análise, é atingir a conformidade das leis e o controle dos cidadãos. Daí porque o Direito Penal se mostra válido apenas quando reconhece a ilegitimidade da pena e se constitui como instrumento constante de sua contenção.

Uma das estratégias para realizar esse mister perpassa por repensar o *locus* da vítima na teoria da pena com alicerce em uma dogmática funcional (ao Estado de Direito), teleológica (pois assume uma função política expressa) e redutora (do poder punitivo). Incluir o ofendido no debate significa, ao fim e ao cabo, reconhecer a sua condição de pessoa, dotada de autonomia, deixando de usá-lo para o alcance de metas punitivas próprias — afinal, se o titular do bem jurídico afirma que não houve afetação, não há como, em um Estado republicano, justificar-se a interação jurídico-penal e a consequente injunção de pena.

3. Desinteresse da vítima na persecução criminal I: algumas propostas obstativas para a injunção de pena

Partindo das premissas apresentadas pelas “teorias criminológicas da pena” (**Cirino dos Santos**, p. 423), que analisam o fenômeno da penalização como um mecanismo que robustece o autoritarismo e mantém as desigualdades sociais, apresentam-se algumas hipóteses em que o alcance vitimodogmático afluí como vetor de ingerência na teoria da pena.

Nessa perspectiva, **Silva Sánchez** (2000) aduz que a teoria do Direito Penal orientada à vítima não é preventiva ou retributiva, mas restaurativa: é dizer, o direito abstratamente violado perde importância para o fato de que uma pessoa foi lesionada, de

forma concreta, pelo comportamento de outra. É irracional, por conseguinte, aplicar uma sanção penal à revelia do interesse da vítima, principal interessada na solução da controvérsia.

A ideia não é inédita na doutrina: **Roxin** (2006), por exemplo, entende que, em alguns casos, as excludentes de punibilidade devem ter prioridade sobre a simples imposição da sanção penal quando as finalidades extrapenais forem caras à sociedade. Daí a importância da construção de uma política criminal — entendida como a ciência política do poder punitivo (**Batista**, 2022, p. 19) — redutora de danos.

Em uma primeira aproximação, sustenta-se que o desinteresse do ofendido na persecução penal ou apenas na aplicação da sanção criminal deve consistir em uma espécie de escusa absolutória supralegal, capaz de ensejar o afastamento da aplicação da pena, por estar presente o que **Noronha** (1952, p. 469) intitulou “menor alarme social”.

Nessa linha de raciocínio, a discordância da vítima com a persecução criminal do ofensor configuraria uma “causa pessoal de exclusão de pena” (**Fragoso; Glioche**, 2017, p. 104). Nas palavras de **Nelson Hungria** (1958, p. 327), “[...] é como se fosse uma causa extintiva da punibilidade contemporânea ao crime”.

Trata-se, em última análise, de visualizar a vontade indulgente da vítima como condição negativa de punibilidade edificada em questão de política criminal — ou, nos dizeres de **Regis Prado** (2000, p. 446), de impunibilidade *utilitatis causa*: “Embora presentes os elementos constitutivos do delito (tipicidade, antijuricidade e culpabilidade), isenta-se o réu de pena por razões de política criminal (utilidade e conveniência)”.

A partir de outra abordagem, erigida sobre os ensinamentos de **Zaffaroni e Pierangeli** (2019, p. 661), que criticam o termo “escusas absolutórias”, o desinteresse da vítima deve representar um impedimento à operatividade da coerção penal:

Isto significa que a coerção penal pelo delito atua somente sob certas condições, que, genericamente, chamamos de “condições de operatividade da coerção penal”. O lugar adequado para o seu tratamento não pode ser outro que não o da própria teoria da coerção penal. Preferimos o nome de “condições da operatividade da coerção penal” e não a que uma parte da doutrina deu à maioria dos casos negativos, ou ausência destas condições, chamados de “escusas absolutórias”, que não têm um sentido dogmático definido.

Importa dizer que coerção penal não pode ser posta em movimento em virtude de uma causa pessoal que exclui a punibilidade, qual seja, a manifestação de vontade do ofendido.

A extinção de punibilidade por motivos pessoais, além da previsão expressa em relação aos crimes patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça em prejuízo do cônjuge, ascendente ou descendente (art. 181 do Código Penal), também pode ser encontrada no ordenamento jurídico brasileiro por ocasião da concessão da graça (indulto individual) ou do perdão judicial.

Sob outra óptica — complementar, mas crucial para a rematada análise do tema —, o desinteresse da vítima na persecução penal pode ser trabalhado com base no princípio vitimológico de **Bernd Schünemann** (2003, p. 95), isto é, como uma regra de interpretação que exclui do domínio da penalização todo o comportamento frente ao qual a vítima “não merece nem necessita de proteção”. Aplicar a pena na hipótese em que o titular do bem jurídico afetado pela conduta criminalizada manifesta sua aquiescência com o comportamento do suposto ofensor é negar sua autonomia moral e configura um pretexto para sancionar condutas não lesivas.

É nesse sentido que **Hassemer** (1990, p. 248) formula o seguinte questionamento:

En este momento hay que preguntarse que protección haya de merecer un bien jurídico cuya tutela no interesa al único titular de ese bien, ya sea porque el mismo te ponga en peligro o bien, porque renuncie a tal protección.

Não se olvida, ainda, a possibilidade de ser suscitada a teoria da derrotabilidade do enunciado normativo para acomodar a sua não aplicabilidade em casos penais específicos. Assim, em hipóteses de relevância casuística, notadamente quando a pretensão acusatória se demonstrar contrária aos interesses da vítima, é possível afastar a incidência do preceito secundário da norma incriminadora.

A Quinta Turma do STJ tangenciou, em certa medida, essa teoria quando afastou, de forma excepcional, a incidência da norma consolidada no art. 217-A do Código Penal por não se revelar adequada, necessária nem justa, “[...] porquanto sua incidência trará violação muito mais gravosa de direitos que a conduta que se busca apenar” (Brasil, 2021a, p. 5).

No referido caso, o acusado fora condenado pelas instâncias ordinárias à pena de 14 anos de reclusão por ter se relacionado sexualmente, de forma consentida, com uma menina de 12 anos. A prática sexual resultou no nascimento de uma criança e na constituição de união estável entre o suposto ofensor e a ofendida, que se manifestou nos autos informando que não almejava a punição do seu companheiro e que “deseja viver com ele para criarem o filho juntos”, como se extrai da leitura do voto condutor no AgRg no REsp 1.919.722/SP (Brasil, 2021a).

O relator, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, analisou as nuances do caso concreto e propôs a realização do *distinguishing*, entendendo que 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 (Brasil, 2021a, p. 8).

No ponto que interessa especificamente para este trabalho, assim constou da ementa:

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.

[...] 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 (Brasil, 2021a, p. 7).

Na mesma esteira, por ocasião do julgamento do AREsp 1.555.030/GO (Brasil, 2021b, p. 7), o Ministro Ribeiro Dantas destacou que “[...] o processo penal não pode ignorar a vontade da vítima, substituindo-a integralmente pelo interesse acusatório na condenação e execução de uma sanção.” Com efeito, ao votar pela inaplicabilidade da sanção penal em processo que também imputava ao réu a prática do crime de estupro de vulnerável, o relator assim declarou:

[...] estou movido por uma preocupação prática: a de não piorar a vida da ofendida, submetendo-a a um novo processo de vitimização. Acredito que seria contraditório ignorar a vontade livremente manifestada pela ofendida e impor-lhe a difícil condição de mãe jovem e solteira, com a finalidade de defender seu direito à dignidade sexual. Há, aqui, uma evidente e profunda inadequação entre o objetivo (lícito e correto, ressaltado) da persecução penal, que é a tutela do bem jurídico, e o resultado prático que dela adviria (Brasil, 2021b, p. 9).

Semelhante entendimento constou do REsp 1.524.494/RN (Brasil, 2021c, p. 1), também de relatoria do Min. Ribeiro Dantas, em que a alegada vítima “formulou apelo expresso para que o réu fosse absolvido, por considerá-lo um bom pai, que convive com a filha e atende suas necessidades, além de ser a única fonte de sustento da criança”. A Quinta Turma do STJ percebeu que “configura verdadeira contradição causar à vítima um sofrimento desta natureza, colocando sobre seus ombros tão pesada missão, quando o objetivo da norma penal é justamente protegê-la” (Brasil, 2021c, p. 1).

A Sexta Turma do STJ, em linhas similares, por ocasião do julgamento do REsp 1.977.165/MS (Brasil, 2023), que também versava sobre suposto estupro de vulnerável — dessa vez praticado por um homem de 19 anos contra pessoa de 12 anos, com aquiescência dos pais da menina e que resultou no nascimento de uma criança —, por maioria, restabeleceu a decisão de primeiro grau que rejeitou a denúncia.

Naquela oportunidade, consignou-se que:

[...] as particularidades do presente feito, em especial, a vontade da vítima e o nascimento do filho do casal, somados às condições pessoais do acusado, denotam que não houve afetação relevante do bem jurídico a resultar na atuação punitiva estatal, de modo que não se evidencia a necessidade de pena, consoante os princípios da fragmentariedade, subsidiariedade e proporcionalidade.

4. Desinteresse da vítima na persecução criminal II: algumas propostas redutoras no cálculo dosimétrico

Uma vez afirmada a responsabilização penal, cumpre valorar o desinteresse do ofendido na punição de seu ofensor no momento da quantificação da sanção, em apreço ao princípio da individualização da pena e à minimização do grau de afetação do poder punitivo sobre os indivíduos. É dizer, ainda que seja possível obter uma solução não penalizadora, urge apreciar as tendências subjetivas da vítima como instrumentos de redução de danos.

Nesse sentido, na primeira etapa do cálculo dosimétrico, sugere-se usar o vetor “comportamento da vítima”, descrito no art. 59 do Código Penal, para reduzir a reprimenda a ser aplicada ao acusado.

Como se sabe, o STJ entende que “o comportamento da vítima apenas deve ser usado em benefício do agente, [...] devendo a circunstância judicial ser neutralizada na hipótese contrária” (Brasil, 2014, p. 6).

Tal entendimento está em consonância com o item 50 da exposição de motivos da parte geral do Código Penal alterada em 1984, que explicita que, nas diretrizes para a fixação da pena, “[...] fez-se referência expressa ao comportamento da vítima erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provocação ou estímulo à conduta criminosa” (Brasil, 1940). O legislador, portanto, constatou que o comportamento da vítima se atrela à culpabilidade do agente, “[...] a qual, por possuir na conformação do crime seu alcance máximo (culpabilidade plena), deve operar na fixação da reprimenda de maneira atenuante, simplesmente” (Roig, 2015, p. 186).

É com base nesses pressupostos que a vontade indulgente da vítima, ou o simples desinteresse punitivo, deve ser compreendido como uma circunstância judicial favorável ao acusado capaz de reduzir a reprimenda-base.

Na mesma direção, pode-se optar por minorar a pena intermediária com a aplicação da atenuante inominada descrita no art. 66 do Código Penal, que autoriza a mitigação da sanção em virtude da presença de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, não prevista expressamente em lei. O raciocínio é simplório: o arrefecimento da reprimenda se justifica a partir da constatação de que o ofendido não almeja a punição do acusado.

Por derradeiro, o regime inicial de cumprimento de pena, compreendido como um fator crucial na individualização, deve ser abrandado na hipótese em estudo. É preciso, em um país que vivencia um Estado de Coisas Inconstitucional de seu sistema

penitenciário, adotar medidas para abrandar os efeitos deletérios do cárcere e para reduzir a população privada de liberdade.

Com efeito, a superação da irrefletida aplicação dos critérios puramente quantitativos previstos no art. 33 do Código Penal para estabelecimento do regime prisional adequado não é nova na jurisprudência brasileira, como se depreende da análise dos requisitos contidos na Súmula Vinculante 56 e no RE 641.320/RS e no denominado regime semiaberto harmonizado.

5. Conclusão

Nestas breves páginas, procurou-se demonstrar que, no processo criminal tradicional, a satisfação do interesse da vítima cede lugar ao cumprimento da norma por meio da condenação do autor do fato, avultando a irracionalidade do poder que, em teoria, deveria zelar pela garantia de seus direitos. Esse modelo de justiça tradicional fundado no confisco do conflito ignora a autodeterminação do ofendido e, em última análise, sua dignidade e sua percepção como sujeito de direitos.

Assim, faz-se necessário ponderar se a violência causada pelo sistema de justiça, que torna a vítima de um fato criminalizado vítima, também, de uma violência institucional, justifica a aplicação automática e irrefletida da norma penal, calcando a atividade persecutória penal em dogmas paternalistas e populistas.

Nesse cenário, foram apresentadas propostas concretas, erigidas a partir da mesma premissa, qual seja, a de que a manifestação de vontade do ofendido acerca do desinteresse na persecução penal de seu ofensor precisa repercutir na teoria da pena. Com efeito, discorreu-se não apenas sobre soluções teóricas, mas também práticas, inclusive com demonstração de decisões do STJ no mesmo sentido.

Reputa-se viável, dessa forma, empregar a dogmática jurídico-penal para limitar o poder punitivo, contribuindo para a reconstrução do direito penal brasileiro com base na vitimodogmática crítica.

Conclui-se, pois, que o protagonismo do ofendido na persecução criminal se apresenta como uma efetiva possibilidade de democratização do gerenciamento de situações problemáticas e de superação da afluência intrínseca às agências do sistema penal tradicional.

Informações adicionais e declarações da autora (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: a autora confirma que não há conflito de interesse na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** toda e somente a pesquisadora que cumpre os requisitos de autoria deste artigo é listada como autora; a coautora é totalmente responsável por este trabalho em sua totalidade.

Como citar (ABNT Brasil)

MORGADO, Helena Zani. Vitimodogmática e teoria da pena: o desinteresse do ofendido como vetor funcional teleológico redutor. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 32, n. 384, p. 17-20, 2024. DOI <https://doi.org/10.5281/zenodo.13631302>. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1259. Acesso em: 1 nov. 2024.

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

zenodo.13631302. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1259. Acesso em: 1 nov. 2024.

Referências

BATISTA, Nilo. *Capítulos de política criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2022.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 ago. 2024.

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 23 ago. 2024.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.919.722/SP. Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Publicado: 20/08/2021a.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Agravo no Recurso Especial 1.555.030/GO. Rel. Ministro Ribeiro Dantas. Publicado: 21/05/2021b.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Recurso Especial 1.524.494/RN. Rel. Ministro Ribeiro Dantas. Publicado: 28/05/2021c.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Habeas Corpus 245.665/AL. Rel. Ministro Moura Ribeiro. Publicado: 03/02/2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Recurso Especial 1.977.165/MS. Rel. p/ acórdão Ministro Sebastião Reis Jr. Publicado: 25/05/2023.

CARVALHO, Salo de. Criminologia e transdisciplinaridade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 56, p. 308-333, 2005.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: Parte Geral. São Paulo: Tirant Brasil, 2010.

FRAGOSO, Christiano; GLIOCHE, Patrícia. *Crimes de furto e roubo*. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

HASSEMER, Winfried. Consideraciones sobre la víctima del delito. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. v. 43. Madrid: Centro de Publicaciones, 1990. p. 241-260.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. VII. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LUZ, Ilana Martins. Da sanção ao preceito: o contributo da justiça restaurativa para a modificação da racionalidade penal moderna. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 11, n. 70, p. 77-89, 2011.

MORGADO, Helena Zani. *Direito Penal Restaurativo*. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Código Penal Brasileiro Comentado*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1952.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, v. 68, p. 39-60, 2004.

PRADO, Luiz Régis. Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 776, p. 440-452, 2000.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena*: limites, princípios e novos parâmetros. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Problemas capitales del moderno derecho penal a principios del siglo XXI*. Cidade do México: Ius Poenale, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Nullum crimen sine poena?* Sobre as doutrinas penais de "luta contra a impunidade" e do "direito da vítima a punição do autor". *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 72-92, 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/56258>. Acesso em: 23 ago. 2024.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*: parte geral. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

Recebido em: 25.06.2024. Aprovado em: 13.08.2024. Última atualização da autora: 29.08.2024.

REPENSANDO O ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS NA ERA DIGITAL

RETHINKING THE FORTUITOUS DISCOVERY OF EVIDENCE IN THE DIGITAL AGE

Pedro Ivo Rodrigues Velloso Cordeiro¹  

Universidade de São Paulo, USP, Brasil
pedroivo@fv.com.br

Francisco Felipe Lebrão Agosti²  

Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil
francisco@fv.com.br

Pedro Luís de Almeida Camargo³  

Universidade de São Paulo, USP, Brasil
pedro.camargo@fv.com.br

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.13834573>

Resumo: O presente trabalho analisa os impactos trazidos pela transformação digital em um instituto do processo penal: o encontro fortuito de provas. Tendo em vista os impactos que o uso generalizado de dispositivos eletrônicos na sociedade causa na prática da obtenção das provas, a ampla aceitação do encontro fortuito de provas e do “princípio da serendipidade”, na forma como hoje concebidos, apresenta riscos significativos aos direitos fundamentais. Dessa forma, busca-se a criação de critérios limitadores para a autorização judicial e para a execução de buscas e apreensões de provas digitais, para melhor preservar tais direitos fundamentais e evitar abusos na atividade persecutória.

Palavras-chave: prova digital; serendipidade; proporcionalidade; busca e apreensão.

Abstract: This paper analyzes impacts brought upon the fortuitous discovery of evidence by the digital transformation. Due to the impact caused on the collection of evidence by the widespread use of electronic devices in society, the current broad acceptance of accidentally discovered evidence and the “serendipity principle” pose significant threats to fundamental rights. Therefore, this paper aims to create a test about the issuance and execution of search warrants on digital evidence to better preserve such fundamental rights and prevent abuses on law enforcement activities.

Keywords: digital evidence; serendipity; proportionality; search and seizure.

1. Introdução

A revolução digital transformou profundamente a experiência humana. A repercussão dessa nova realidade no processo penal vem ensejando o debate sobre diversos dos institutos tradicionais da doutrina processual, com a sua adaptação — ou até criação de novos parâmetros dogmáticos — para o mundo digitalizado.

A doutrina e a jurisprudência que foram construídas em um mundo analógico precisam, no mínimo, serem repensadas nessa nova

realidade. E, se por um lado, os impactos das transformações digitais na busca e a apreensão de dispositivos informáticos vêm recebendo grande atenção da doutrina brasileira, alguns de seus desdobramentos precisam ser mais bem explorados.

Dentre eles, situa-se o chamado encontro fortuito de provas, ou princípio da serendipidade, o qual dita que os elementos casualmente descobertos no curso de diligências investigativas, referentes a fatos independentes da hipótese criminal original,

¹ Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Professor de Direito Penal da Escola de Direito de Brasília do Instituto de Direito Público. Advogado. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7389277522042037>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3854-9651>. LinkedIn: [linkedin.com/in/pedro-ivo-velloso-cordeiro-49235b26/](https://www.linkedin.com/in/pedro-ivo-velloso-cordeiro-49235b26/).

² Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Associado ao Instituto de Garantias Penais e Associado Fundador do Innocence Project Brasil. Advogado. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1855378661817244>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-8750-8695>. LinkedIn: [linkedin.com/in/francisco-felippe-lebrão-agosti-147687138/](https://www.linkedin.com/in/francisco-felippe-lebrão-agosti-147687138/).

³ Mestrando em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo. Especialista lato sensu em Obtenção, Interpretação e Valoração da Prova pela Universidade de Salamanca. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Advogado. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8451429372152340>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1330-0929>. LinkedIn: [linkedin.com/in/pedro-luís-de-almeida-camargo-489a63144/](https://www.linkedin.com/in/pedro-luís-de-almeida-camargo-489a63144/).

são válidos e podem ser aproveitados para a apuração do crime recém-descoberto. Esse é o tema a ser trabalhado no presente artigo, que examinará se a aceitação pacífica da serendipidade deve se manter na nova realidade da persecução penal.

2. A transformação da persecução penal na era digital

Os *smartphones* e a *internet* passaram a ser os mediadores universais da vida pessoal, social e profissional de grande parte da população mundial. E, com isso, cada indivíduo carrega em seu bolso dados digitais que registram todas as facetas de seu cotidiano: transações financeiras, anos de mensagens escritas, documentos pessoais e profissionais, dados de geolocalização, histórico de navegação na *internet*, dados de redes sociais, entre muitos outros¹.

Essa realidade transformou profundamente a investigação criminal, que teve de se adaptar à realidade digital. Justamente por serem grande fonte de informações e registros, a busca e apreensão dos dispositivos informáticos é, comumente, a primeira medida ostensiva de investigação e/ou a mais importante para comprovar a materialidade e a autoria de uma ampla gama de delitos — tanto aqueles próprios da realidade digital, como os novos tipos de fraudes e invasões *hacker*, quanto crimes “tradicionais”, como tráfico de drogas e delitos econômicos. A isso, soma-se o fato de que provedores de aplicações como *e-mails* e servidores em nuvem são comumente demandados pelas autoridades para o fornecimento de dados que armazenam em função da prestação de seus serviços². As chamadas provas digitais ganharam proeminência ímpar na persecução penal.

Essas provas digitais³ possuem algumas características próprias. São dotadas de imaterialidade, porque são dados que, ainda que estejam armazenadas em um dispositivo físico, são dele independentes⁴. Possuem elevado risco de dispersão e manipulabilidade por serem voláteis e frágeis⁵, porque podem ser rapidamente transmitidas ou alteradas, com poucos rastros. E, ainda, possuem a característica da “promiscuidade”: os dados são facilmente agregáveis e misturáveis, fazendo com que dispositivos de armazenamento físicos ou em nuvem possuam diversos tipos de dados, muitas vezes não relacionados entre si, e em grande volume⁶.

Dessas características, surgem desafios para a compreensão doutrinária dos institutos processuais penais. Alguns que já vêm sendo intensamente debatidos incluem: a cadeia de custódia dos elementos de prova digital⁷; o tratamento da proteção de dados no compartilhamento de dados digitais⁸; a gradação da proteção ao sigilo dos dados eletrônicos⁹; a necessidade de autorização judicial para visualização de dados em celulares no curso de uma prisão em flagrante (Zilli, 2018).

Uma das características mencionadas possui um impacto particular para o tema ora trabalhado. A chamada “promiscuidade” da prova digital faz com que buscas e apreensões de dispositivos informáticos frequentemente encontrem mais do que aquilo que estavam originalmente buscando, especialmente quando há ampla autorização judicial para vasculhar os dados armazenados. E é nesse ponto que reside a importância de debater o impacto da realidade digital para o encontro fortuito de provas, não sem antes entender como ele é atualmente compreendido na jurisprudência.

3. O encontro fortuito de provas

O chamado “encontro fortuito de provas” descreve a situação, tão comum na persecução penal, em que

[...] no cumprimento de uma diligência relativa a um delito, a autoridade policial casualmente encontra provas pertinentes à outra infração penal (crime achado), que não estavam na linha de desdobramento normal da investigação (Lima, 2020, p. 699).

Esse encontro pode acontecer em qualquer medida tomada no curso de investigação, mas é especialmente comum em buscas e

apreensões domiciliares, em interceptações telefônicas, bem como em quebras de sigilo telemático. Como tais meios de obtenção de prova exigem autorização judicial e são extremamente invasivos, a jurisprudência cotidianamente enfrenta questionamentos a respeito da legalidade do encontro fortuito nesses casos.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores não costuma ver ilegalidade nesse expediente. Afinal, se a autorização para um determinado meio de obtenção de provas foi hígida e obedeceu aos requisitos legais, e o cumprimento da autorização se deu dentro dos parâmetros fixados, não haveria qualquer mácula à validade dos elementos casualmente obtidos. É o chamado princípio da serendipidade, termo que designa a ocorrência de algo positivo de maneira inesperada e não provocada. Os precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido são múltiplos e incluem julgados recentes¹⁰.

Esse parâmetro, no entanto, não é absoluto. Os próprios julgados executam situações de claro desvio de finalidade na execução da medida dessa regra geral de admissibilidade, ocasião em que se configura o chamado *fishing expedition* ou pescaria probatória¹¹. Isso já foi reconhecido, por exemplo, em casos envolvendo a busca indeterminada de provas quando do cumprimento de mandado de prisão em residência (Brasil, 2024a) ou busca pessoal sem fundada suspeita (Brasil, 2023a).

Apesar dessa salutar limitação, não parece ser o suficiente para lidar com a realidade digital. A prática forense demonstra que, no mais das vezes, não há qualquer limitação em um mandado judicial expedido para autorizar o acesso aos dados salvos em um *smartphone* ou um computador, bem como não há limitação significativa aos dados requisitados a provedores de aplicação¹². O objeto amplo do mandado e a variedade e o volume de dados presentes em dispositivos informáticos ou dados armazenados em nuvem podem dar azo a significativas extrapolações do objeto da medida, tornando-a desproporcional na afetação a direitos fundamentais como a privacidade (art. 5º, X, CF) e o sigilo das comunicações (art. 5º, XII, CF)¹³. Dessa forma, é necessário ir além da mera análise do desvio de finalidade para que se coíba o abuso no acesso indiscriminado a dados — ainda que ele não ocorra de maneira intencional.

4. O tratamento do encontro fortuito de provas na era digital

Dentre os diversos princípios constitucionais que devem pautar a busca e a apreensão no processo penal, o presente estudo discorrerá inicialmente sobre os princípios da proporcionalidade, inadmissibilidade da prova ilícita, inviolabilidade da vida privada e da intimidade, do sigilo das comunicações e da proteção de dados, como forma de demonstrar — que sua não aplicação — podem ocasionar apreensões ilegais, no que diz respeito aos elementos encontrados fortuitamente.

Na sequência, será levantada a discussão sobre como a apreensão de dados na era digital — à míngua de balizas legais — deu um “*bypass*” nos outros meios de obtenção de prova previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Os princípios são verdadeiras linhas-mestras no Direito e estabelecem os limites de atuação do Estado, impondo parâmetros para o exercício do *jus puniendi* estatal frente ao *jus libertatis* dos seus cidadãos (Antunes, 2016, p. 32).

O princípio da proporcionalidade (*lato sensu*), admitido no sistema constitucional brasileiro, pretende instituir a relação entre o meio e o fim; isto é, tem o condão de limitar o exercício do poder do Estado. Em seu sentido estrito, engloba os seguintes requisitos (subprincípios): adequação, necessidade e proporcionalidade.

Extraí-se, em síntese, que o subprincípio da adequação (também conhecido como idoneidade ou conformidade) prevê que uma medida é adequada caso seja minimamente eficaz para fomentar a concretização de sua finalidade. O requisito da necessidade, por sua vez, tem como por objetivo garantir que a medida adotada seja indispensável — ou a menos gravosa — para atender ao fim visado

e tem como pressuposto “a verificação da inexistência de meio menos gravosos para atingir os fins visados” (Fernandes, 2010, p. 53) para a conservação de determinado direito fundamental. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito visa a ponderação entre o ônus imposto e o benefício obtido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos fundamentais do cidadão (Barroso, 1999, p. 220).

Em resumo, pode se dizer que

[...] uma medida é adequada se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens (Guerra Filho, 1989, p. 75).

A inadmissibilidade da prova ilícita analisada neste artigo, por sua vez, tem como ponto principal a prova ilegal que, segundo a doutrina clássica, é gênero da qual são espécies a prova ilícita e a prova ilegítima¹⁴. Essa conceituação, todavia, parece não ter sido adotada na reforma do Código de Processo Penal (CPP) em 2008, que passou a prever no art. 157 a inadmissibilidade das provas ilícitas assim entendidas como aquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Ou seja, para a caracterização da prova ilícita, não foi feita nenhuma distinção entre a natureza da norma violada, se material ou processual.

Sobre esse tema, deve ser levado em conta a proposta trazida por Gustavo Badaró (2022, p. 466), que pretende ampliar os efeitos da inadmissibilidade da prova ilícita no processo para considerar que tanto provas obtidas mediante a violação de normas de direito material quanto aquelas obtidas mediante violações a normas processuais são igualmente inadmissíveis no processo, sendo que para ambas cabe a sanção do desentranhamento.

Essa conceituação sobre inadmissibilidade da prova ilícita é importante para o presente estudo, posto que, muitas vezes, as medidas que demarcam a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima se revelam insuficientes. É o caso, por exemplo, quando há violações de dispositivos constitucionais ou legais que possuem um duplo aspecto, podendo ser lidos, de um lado, como uma garantia constitucional de proteção das liberdades públicas e, de outro, como regramento processual delimitando os mecanismos para a realização de um meio ou obtenção de prova (Badaró, 2022, p. 466).

Já o princípio da inviolabilidade da vida privada e da intimidade foi previsto na Carta Constitucional de 1988, art. 5, inciso X. Com isso, o Constituinte assegurou ao cidadão que o estado ou terceiros não tenham acesso aos seus dados a não ser em decorrência das hipóteses previstas em lei. Isso ocorre, pois

todas as esferas da privada, em maior ou menor grau, são merecedoras de proteção na sociedade moderna, porque o respeito à privacidade surge como reação ao absolutismo e em decorrência do desenvolvimento dos direitos de personalidade (Almeida, 2008, p. 720).

A ele se soma o sigilo das comunicações, previsto no art. 5º, XII, que traz proteção especial e autônoma às comunicações privadas — inclusive por meio telemático.

O direito constitucional à proteção de dados traz consigo também compreensões absolutamente relevantes, que devem ser consideradas sempre que órgãos públicos e privados estiverem diante de dados pessoais. Nesse particular, destacam-se os princípios enunciados ao teor do art. 6º, da Lei Geral de Proteção de Dados, que dispõe que o tratamento de dados está condicionado à adequação e à necessidade dessa atividade, que deve guardar estrita observância com a finalidade que ensejou a coleta dessas informações.

É dizer, a coleta dos dados deve buscar o mínimo de informações pessoais necessárias para a consecução de um objetivo previamente determinado, sendo que a utilização desses dados para fins diversos daqueles originalmente previstos torna o tratamento de dados uma atividade ilegal. O tratamento de dados

somente é legítimo quando estritamente vinculado à finalidade que o justificou, sendo restrita sua transferência a terceiros, bem como a utilização abusiva para fins diversos (Doneda, 2011, p. 100). Esse arcabouço principiológico não apenas garante a privacidade (Mendes, L., 2019), como também se relaciona à separação informacional dos poderes e à vedação ao tratamento indiscriminado e injustificado de dados pessoais¹⁵.

Não obstante a Lei Geral de Proteção de Dados não se aplique em sua totalidade às atividades de persecução penal, matéria que será regulamentada por lei específica (art. 4º, III, “d”), a própria Lei ressalva que seus princípios gerais, os direitos de titulares e o princípio da proporcionalidade devem ser levados em consideração em quaisquer atividades estatais nessa seara (art. 4º, §1º). Esse dispositivo, aliado à introdução da garantia fundamental à proteção dos dados pessoais, inclusive em meios digitais, no art. 5º, LXXIX, da Constituição pela Emenda Constitucional 115/2022 demonstram a aplicabilidade imediata das normas protetivas na seara da persecução penal¹⁶.

Feitas essas breves considerações, eis que surge o ponto fulcral de discussão deste estudo: os riscos da aplicação irrestrita da serendipidade na apreensão de dados digitais.

O debate é muito mais amplo do que os tradicionais exemplos da doutrina sobre a apreensão fortuita de drogas, documentos ou armas que foram localizadas no curso de mandados de busca e apreensão. Nesses casos, de fato, não parece haver dúvidas sobre a legalidade da apreensão do objeto encontrado de forma fortuita, desde que não haja desvio de finalidade na execução.

Por outro lado, no que diz respeito aos elementos de informação (dados) encontrados de forma fortuita em aparelhos celulares e computadores, a resposta não deve ser a mesma.

Essa conclusão decorre, essencialmente, de uma análise constitucional da busca e apreensão no ordenamento jurídico brasileiro.

Explica-se: a previsão legal da busca e apreensão tem redação datada de 1940, quando esse tipo de documento e os dados pessoais eram inimagináveis. Portanto, é preciso assimilar o rito previsto em lei com as balizas e princípios constitucionais.

Como mencionado, a grande maioria dos dados — pessoais, bancários, fiscais, de comunicações, entre outros — de uma pessoa é produzida e armazenada em um único *smartphone*. O Estado, ao ter acesso a essas informações, ainda que mediante autorização judicial, não pode agir livremente e devassar a vida de um particular, sobretudo diante do direito constitucional à inviolabilidade da vida privada, ao sigilo das comunicações e à proteção de dados.

Ocorre que não é isso o que se verifica na praxe forense. Em muitos casos, observam-se as autoridades persecutórias representarem pela busca e apreensão em face de investigados com expressa autorização para acesso aos dados armazenados em celulares, HDs, *pendrives*, *desktops* e *notebooks*, de modo a viabilizar a exploração de dados, análise e eventual realização de exame — sem fazer qualquer limitação temporal, de quais dados são analisados ou sobre qual o assunto que é objeto da investigação.

Ora, se há um pedido dessa magnitude, é certo que a autoridade judicial não deve deferir o pedido com base apenas nas regras esculpidas no art. 240 do CPP, mas sim conjugá-las com outros princípios constitucionais.

Afinal, a alínea “e”, do parágrafo primeiro do art. 240 do CPP — descobrir objetos necessários à prova da infração — não pode ser um cheque em branco para as autoridades vasculharem a vida privada do investigado e de terceiros.

O deferimento da medida deve passar, assim, por um crivo; isto é, pela análise da pertinência do meio de obtenção de provas com outros princípios constitucionais. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade acima elencado deve ser levado em consideração quando da análise da representação.

A autoridade incumbida de decidir sobre determinado pedido deve analisar se a medida solicitada (o acesso à integralidade dos dados apreendidos) é adequada, indispensável, ou proporcional sob o ponto de vista de interferência na esfera dos direitos fundamentais do cidadão.

Também deve ser levado em consideração o direito constitucional à proteção de dados, isto é, a coleta dos dados deve buscar o mínimo de informações pessoais necessárias para a consecução de um objetivo previamente determinado, bem como o princípio da inviolabilidade da vida privada e da intimidade.

A desconsideração dessas garantias constitucionais deve, sem dúvida, ocasionar a inadmissibilidade da prova (encontrada fortuitamente) nos autos por violação direta dos dispositivos constitucionais anteriormente elencados.

Mas não é só. Como decorrência desse tema, verifica-se uma segunda possível teratologia na forma como são obtidos os dados apreendidos de forma fortuita na investigação.

No caso, verifica-se que a medida cautelar de busca e apreensão se tornou um indevido atalho para execução de outras medidas probatórias sem passar pelo respectivo crivo legal.

Tal situação se verifica, por exemplo, após a apreensão do aparelho eletrônico, momento em que a autoridade passa a ter acesso a dados e ao fluxo de comunicações de informática e telemática, apesar de não haver a respectiva autorização nos moldes específico, como é o caso da Lei 9.296/1995 e o Marco Civil da Internet¹⁷, que possuem regramento próprio e que acabam, todavia, sendo substituídos (indevidamente) pelo deferimento de acesso aos dados apreendidos na busca e apreensão.

Diante desse cenário de riscos aos direitos fundamentais e potencial desproporcionalidade, aliado à falta de tratamento específico da matéria, é imperiosa a necessidade de impor limites à validade das provas encontradas fortuitamente em diligências relacionadas à obtenção de provas digitais, como buscas e apreensões de dispositivos informáticos, ou requisições de dados a provedores de aplicações.

Para além da análise constitucional acima exposta, uma série de limitações (temporal/temática) podem constar da decisão judicial autorizadora da obtenção dos dados, devendo ser empregadas quando da execução da medida como parâmetros de proporcionalidade.

Uma primeira possível medida é a limitação dos tipos de dados que podem ser acessados, garantindo que sejam apenas aqueles adequados à finalidade da medida e necessários para a sua consecução. Se os dispositivos informáticos contêm uma multiplicidade de tipos de dados — arquivos de vídeo, texto, áudio, comunicações escritas, geolocalização, dados de aplicações, entre outras —, não há motivo para que não sejam indicados quais tipos de arquivos podem ser acessados e quais estão fora do alcance da medida investigativa. Por exemplo: não há, em princípio, justificativa legítima para acesso irrestrito a dados de geolocalização ou ao histórico de navegação na *internet* se o delito investigado é de sonegação fiscal e a medida de busca e apreensão foi justificada com base na possibilidade de localizar notas fiscais fraudulentas.

Outra possível limitação é a indicação estrita do lapso temporal, igualmente regrada pela adequação e necessidade. Pensando no exemplo da interceptação telefônica, há uma limitação legal a quinze dias de prazo, nos termos do art. 5º da Lei 9.296/1995. Ainda que essa limitação se relacione à natureza “de tempo real” da medida, há um claro indicativo de que seu fundamento é possibilitar a proporcionalidade em sua execução, evitando interceptações infundáveis ou sem objeto definido. Dessa maneira, não há óbices para que alguma espécie de limitação temporal ocorra para investigações relacionadas à obtenção de provas digitais. O exemplo paradigmático que pode ser dado é o de dados de comunicação armazenados — como em aplicativos de mensagens ou *e-mails*. Nesses casos, é fácil que a limitação temporal se dê de maneira apriorística, para que somente sejam acessadas comunicações próximas à data do suposto ilícito

investigado, de maneira que o agente responsável pela execução da medida sequer possa acessar comunicações de datas que extrapolem a indicada. Mesmo no caso de arquivos diversos, o acesso a metadados como data de criação e modificação de arquivos, ou *logs* de aplicativos, também indicam que há como estabelecer tecnicamente uma limitação temporal para a medida. No caso de uma investigação a respeito de um suposto crime lícitatório que teria ocorrido em 2020, não há justificativa legítima e proporcional para franquear o acesso das autoridades de persecução penal a mensagens ou *e-mails* desde o ano de 2012.

Na execução da medida, há meios adicionais de limitação que podem ser empregados. Na maior parte das vezes, a apreensão tem como objeto os dispositivos informáticos, suportes físicos nos quais os dados estão armazenados, para somente então realizar a busca de elementos específicos relacionados à hipótese criminal investigada. No próprio ato de execução da medida, podem ser utilizadas palavras-chave relacionadas ao fato imputado ou seus indícios, com a realização da cópia de segurança somente dos arquivos indicados, sem a apreensão do restante dos dados para evitar abusos ou desproporcionalidade.

Essa medida é de fácil emprego por meio da utilização de *softwares* forenses. Quando não for materialmente possível realizar a filtragem no próprio ato de apreensão, deve ser feita uma cópia integral do disco rígido para, no posterior ato de análise, ser realizada a busca daquilo que for relevante ao objeto da investigação, com o descarte imediato do restante dos dados. O uso de inteligência artificial nessa filtragem — permitindo a busca de arquivos de imagem ou vídeo, correlações com palavras-chave ou temas de interesse e outras ferramentas de seleção — pode ser especialmente relevante¹⁸.

Por fim, é relevante mencionar a chamada *plain view doctrine* como um possível critério de validade de provas encontradas fortuitamente em âmbito digital, conforme desenvolvida no Direito norte-americano. Traduzida como “visibilidade imediata”, essa doutrina reputa como válidos aqueles elementos de prova que, embora desconectados do delito apurado pela investigação, sejam encontrados fortuitamente, desde que: i) o elemento esteja imediatamente à vista; ii) haja justificativa legítima para que o agente esteja no local onde visualizou o elemento; e iii) o elemento, por conta própria ou juntamente com outros fatos conhecidos, fornece uma probabilidade razoável de dizer respeito a uma atividade criminosa (Mendes, P., 2021, p. 241).

Por ter sido elaborada para o mundo físico, a jurisprudência norte-americana enfrentou casos práticos que forçaram a adaptação da doutrina ao mundo digital¹⁹. No caso *United States v. Carey*, a localização de arquivos de pornografia infantil que extrapolavam as palavras-chave de uma busca e apreensão de computadores foi considerada ilícita e não abrangida pela *plain view doctrine* por ter sido fruto de uma busca indiscriminada e geral nos arquivos, conforme decidido pelo Tribunal de Apelação competente (Estados Unidos da América, 1999a). Já no caso *State v. Schroeder*, o investigador, ao realizar uma pesquisa de arquivos digitais em um computador apreendido, visualizou uma imagem de pornografia infantil que não possuía relação com o delito originalmente investigado. Diante dessa constatação, imediatamente interrompeu a pesquisa e buscou um mandado judicial adicional, o que foi considerado válido pelo Tribunal em questão (Estados Unidos da América, 1999b). Ou seja, pelos parâmetros fixados na jurisprudência, a *plain view doctrine* não justifica a busca irrestrita de elementos desconectados com o objeto do mandado judicial, mas pode tornar válidas aquelas provas que sejam verdadeiramente fruto de um encontro fortuito, desde que o agente tome as medidas adequadas para realizar a investigação do delito aparentemente descoberto — como o início de uma nova investigação ou a obtenção de um mandado judicial adicional.

Dessa forma, uma aplicação da *plain view doctrine* é plenamente possível no âmbito brasileiro como uma limitação adicional para a validade do encontro fortuito de provas no âmbito digital.

Caso um elemento visivelmente indicativo de prática criminosa diversa daquela que ensejou a diligência seja avistado pelo agente no cumprimento regular do mandado, esse elemento é considerado válido para ensejar uma nova investigação e até a expedição de outro mandado por juiz competente. Inválidos seriam aqueles elementos de prova oriundos de buscas adicionais sem autorização realizadas após essa visualização, ou a localização de elementos de prova por um vasculhamento geral e irrestrito dos dados apreendidos.

Ainda que não exista um regramento legal específico para o encontro fortuito de provas, essas limitações podem ser empregadas pela jurisprudência como parâmetros adicionais de proporcionalidade e proteção dos direitos fundamentais que estejam sob risco significativo no cenário das apreensões de dados. Essa adoção de limites e parâmetros é instrumental para evitar potenciais abusos que possam ser praticados sob o manto da atual aplicação — quase irrestrita — do princípio da serendipidade.

5. Conclusão

O presente trabalho buscou reavaliar o chamado encontro fortuito de provas diante da nova realidade da persecução penal — profundamente influenciada pelo fenômeno da digitalização.

Como visto, a aceitação irrestrita de elementos de prova encontrados fortuitamente nesse cenário se revela desproporcional e potencialmente violadora das garantias constitucionais enumeradas, com particular atenção à proteção da intimidade e da vida privada e à proteção de dados pessoais, além da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Seria importante que o legislador fixasse um regramento legal específico para a apreensão de dados, incorporando limitações que possam compatibilizar a necessidade investigativa com a proteção aos direitos e garantias fundamentais, em respeito ao

princípio da proporcionalidade. A legalidade estrita que impera no processo penal e a restrição aos direitos fundamentais imposta pelos meios de obtenção de prova torna inafastável que cada um tenha um regramento específico, com procedimento previsto em lei e um tratamento adequado sob o prisma da proporcionalidade. Apenas dessa forma, pode-se ter a segurança jurídica necessária e a conjugação do interesse persecutório com a proteção aos direitos fundamentais.

No entanto, enquanto não haja disciplina legal da apreensão de dados, nada impede que a jurisprudência faça os filtros apropriados a partir de uma interpretação sistemática da legislação e da Constituição, declarando inválidas as provas que extrapolem as limitações fixadas. As principais limitações tratadas foram as de natureza temática e temporal, facilmente implementáveis pela própria autoridade judicial na decisão autorizadora dos meios de obtenção de prova. Outras limitações sugeridas incidem na própria execução da medida, limitando os dados que serão adquiridos e analisados. Por fim, sugeriu-se uma adaptação da *plain view doctrine* para tratar dos casos limítrofes de encontro fortuito — separando as verdadeiras casualidades, juridicamente válidas, das expedições de pescaria probatória que são ilegítimas e desproporcionais.

Com a implementação prática desses limites e parâmetros, busca-se minimizar o risco de violação de direitos fundamentais, criando claros incentivos para que as autoridades públicas zelem pela proporcionalidade e pelo respeito aos direitos fundamentais no desenvolvimento da investigação. Ou seja, previne-se tanto o abuso intencional e o *bypass* investigativo sob o falso manto da serendipidade, quanto o excesso de agentes públicos que, embora bem-intencionados, desviem-se da autocontenção necessária para o empreendimento da atividade persecutória.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

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

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

Como citar (ABNT Brasil)

CORDEIRO, Pedro Ivo Rodrigues Velloso; AGOSTI, Francisco Felipe Lebrão; CAMARGO, Pedro Luís de Almeida. Repensando o encontro fortuito de provas na era digital. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 32, n. 384,

p. 21-26, 2024. DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.13834573>. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1658. Acesso em: 1 nov. 2024.

Notas

- ¹ Sobre a variedade de dados presentes nos *smartphones* e sua importância para a investigação criminal contemporânea, ver Antonialli, Cruz e Abreu (2018).
- ² Para examinar as peculiaridades na apreensão de dados localizados em servidores remotos, ver, por todos, Costa e Leonardi (2011).
- ³ Carlos Hélder Carvalho Furtado Mendes (2023) utiliza a definição de Eoghan Casey para a prova digital, como sendo “qualquer dado armazenado ou transmitido através de um computador que apoie ou refute uma hipótese de como um delito ocorreu, ou que aborda elementos críticos do ilícito, como a intenção ou alibi”, sendo os dados uma combinação numérica que representa informações de variados tipos, incluindo textos, imagens, áudios ou vídeos.
- ⁴ Apesar de os *bits* sequenciais que formam as informações de dados serem independentes de um suporte físico, eles dependem desse suporte para que se tornem percebíveis, ainda que isso não retire a autonomia dos dados desmaterializados (Mendes, C., 2023, p. 271).
- ⁵ Volatilidade e fragilidade se relacionam, respectivamente, com a facilidade de desaparecimento e com a possibilidade de contaminação (Mendes, C., 2023, p. 271-272).

- ⁶ A nomenclatura da “promiscuidade” das provas digitais ora utilizada é uma tradução livre daquela empregada por Marcello Daniele (2011).
- ⁷ Ver, por todos: Badaró (2021, p. 7-9) e Prado (2021, p. 173-214).
- ⁸ Para uma introdução ao tema da proteção de dados no processo penal e na segurança pública, ainda que não exclusivamente sobre o prisma dos dados digitais: Gleizer, Montenegro e Viana (2021).
- ⁹ Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Daniel Marchionatti Barbosa (2020) explicam como os ordenamentos costumam proteger, em ordem do mais ao menos protegido: o fluxo telemático, os dados armazenados, os dados pessoais e, dentre esses, os dados cadastrais como sendo aqueles com o menor nível de proteção.
- ¹⁰ Alguns julgados recentes ilustrativos, a título de exemplo: Brasil (2023b, 2024b, c, d).
- ¹¹ *Fishing expedition* ou pescaria probatória é “a procura especulativa, no ambiente físico ou digital, sem ‘causa provável’, alvo definido, finalidade tangível ou para além dos limites autorizados (desvio de finalidade), de elementos capazes de atribuir responsabilidade penal a alguém” (Rosa, 2021).

- ¹² Carina Quito (2020, p. 170-171) aborda a problemática do acesso irrestrito a comunicações armazenadas e a grave situação de desproporcionalidade dele decorrente.
- ¹³ Carina Quito (2020, p. 171-173) também aborda a incongruência e os riscos na utilização dos dispositivos legais de busca e apreensão, formulados para a apreensão de coisas físicas, para dados digitais armazenados em dispositivos móveis, computadores e servidores, criando a situação de acesso irrestrito e potencial violação à privacidade por falta de disciplina legal específica.
- ¹⁴ A primeira ocorre quando há violação de direito material ou constitucional no âmbito de sua coleta, admissão ou produção no curso do processo; já a segunda viola regra de Direito Processual Penal no momento de sua produção. De forma geral, a doutrina clássica entende que, enquanto as provas ilícitas são inadmissíveis no processo, devendo ser desentranhadas, as ilegítimas são nulas e sua produção — a depender do caso — pode ser renovada. Essa distinção é encontrada, por exemplo, em Grinover (1982, p. 98-99).
- ¹⁵ Heloisa Estellita (2021, p. 613) destaca que qualquer cada forma ou fase do tratamento de dados — como a obtenção, o armazenamento, a utilização, a transferência etc. — é uma intervenção autônoma à autodeterminação informacional. A própria alteração de finalidade de um dado previamente coletado pode ser considerada, portanto, uma intervenção na esfera do titular.
- ¹⁶ Heloisa Estellita (2021, p. 615) destaca que a aplicação de todo o instrumental normativo vinculado à proteção de dados pessoais independe de uma lei federal de proteção de dados para o âmbito penal, ainda que uma lei nesse sentido seja desejável.
- ¹⁷ A quebra de dados telemáticos constitui modalidade de intervenção no sigilo de dados telemáticos protegido pelo art. 5º, X, da Constituição Federal, consistente na apreensão das conversas de e-mail já efetivadas e armazenadas, e é regulada pela Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) (Sidi, 2016).
- ¹⁸ Paulo de Sousa Mendes (2021, p. 238-240), com base nas *Federal Guidelines for Searching and Seizing Computers* dos Estados Unidos da América, destaca a importância de utilização desses métodos de filtragem para mitigar os danos à privacidade digital.
- ¹⁹ Essa evolução da jurisprudência norte-americana é trabalhada por Paulo de Sousa Mendes (2021, p. 242-247).

Referências

- ALMEIDA, José Raul Gavião. Anotações acerca do direito à privacidade. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 719-726.
- ANTONIALLI, Dennys; CRUZ, Francisco Brito; ABREU, Jacqueline de Souza. Smartphones: baús do tesouro da Lava Jato. In: ANTONIALLI, Dennys; ABREU, Jacqueline de Souza (Eds.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital*. v. 1. São Paulo: Internet Lab, 2018. p. 56-63.
- ANTUNES, Leonardo Leal Peret. *(Re)pensando a busca e apreensão no processo penal: uma análise constitucional dos seus limites*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. Os *standards* metodológicos de produção na prova digital e a importância da cadeia de custódia. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 29, n. 343, p. 7-9, 2021.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. AgRg no HC 909.611/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 12 ago. 2024, DJe de 15 ago. 2024c.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. AgRg no RHC 198.226/PR, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 1 jul. 2024, DJe de 3 jul. 2024d.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. HC 834.675/RS, relator Ministro Jesuino Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), julgado em 12 set. 2023, DJe de 15 set. 2023a.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. HC 868.155/SP, relator Ministro Jesuino Rissato, Desembargador Convocado do TJDF, julgado em 16 abr. 2024, DJe de 19 abr. 2024a.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. HC 223.478 ED, relator Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 25 abr. 2023, DJe de 26 abr. 2023b.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. RHC 239.805 AgR, relator Ministro Cristiano Zanin, julgado em 7 maio 2024, DJe de 9 maio 2024b.
- COSTA, Helena Regina Lobo da; LEONARDI, Marcel. Busca e apreensão e acesso remoto a dados em servidores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 88, p. 203-223, 2011.
- DANIELE, Marcello. La prova digitale nel processo penale. *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua, v. 46, n. 2, p. 283-298, 2011.
- DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, Chapecó, v. 12, n. 2, p. 91-108, 2011. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 18 set. 2024.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The United States Court of Appeals (10th Circuit). *United States v. Carey*, 172 F.3d 1268. Denver, CO, 14 abr. 1999a. Disponível em: <https://casetext.com/case/us-v-carey-9>. Acesso em: 27 ago. 2024.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Wisconsin Court of Appeals. *State v. Schroeder*, 613M.W.2d911. Milwaukee, WI, 4 fev. 1999b. Disponível em: <https://casetext.com/case/state-v-schroeder-40>. Acesso em: 27 ago. 2024.
- ESTELLITA, Heloisa. O RE 1.055.941: um pretexto para explorar alguns limites à transmissão, distribuição, comunicação, transferência e difusão de dados pessoais pelo COAF. *Revista de Direito Público*, Brasília, v. 18, n. 100, p. 606-636, 2021. <https://doi.org/10.11117/rdp.v18i100.5991>
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. *O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública*. São Paulo: Marcial Pons, 2021.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 1989.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado. *Prova penal digital: direito à não autoincriminação e contraditório na extração de dados armazenados em sistemas informáticos*. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2023. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/10650>. Acesso em: 17 set. 2024.
- MENDES, Laura Schertel. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: um modelo de aplicação em três níveis. In: SOUZA, Carlos Affonso; MAGRANI, Eduardo; SILVA, Priscilla (Coords.). *Caderno Especial: Lei Geral de Proteção de Dados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 35-56.
- MENDES, Paulo de Sousa. A privacidade digital posta à prova no processo penal. *Quaestio facti: Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, Girona, v. 2, p. 225-250, 2021. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i2.22487
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BARBOSA, Daniel Marchionatti. Dados digitais: interceptação, busca e apreensão e requisição. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro; LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovanni dos Santos (Coords.). *Direito, Processo e Tecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 477-502.
- PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2021.
- QUITO, Carina. As quebras de sigilo telemático no processo penal e o paradoxo do acesso irrestrito às comunicações armazenadas. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro; LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovanni dos Santos. (Org.). *Direito, Processo e Tecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 161-186.
- ROSA, Alexandre Moraes da. A prática de *fishing expedition* no processo penal. *Consultor Jurídico*, 2 jul. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal/> Acesso em: 26 ago. 2024.
- SIDI, Ricardo. *A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- ZILLI, Marcos. A prisão em flagrante e o acesso de dados em dispositivos móveis. Nem utopia, nem distopia. Apenas a racionalidade. In: ANTONIALLI, Dennys; ABREU, Jacqueline de Souza (Eds.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital*. v. 1. São Paulo: Internet Lab, 2018. p. 64-99.

COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL E A ATUAÇÃO DA POLÍCIA FEDERAL BRASILEIRA: ASPECTOS PRÁTICOS

**INTERNATIONAL COOPERATION IN CRIMINAL MATTERS AND THE ACTIVITY OF
THE BRAZILIAN FEDERAL POLICE: PRACTICAL ASPECTS**

Alice Aquino Zanin¹  

Polícia Federal, Brasil
zanin.aaz@pf.gov.br

Ricardo Márcio Rossi Sancovich²  

Polícia Federal, Brasil
sancovich.rmrs@pf.gov.br

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.13787601>

Resumo: O objetivo deste artigo é orientar a utilização do canal de cooperação internacional via Polícia Federal às autoridades brasileiras que trabalham na investigação e persecução penal no combate à criminalidade e no enfrentamento aos ilícitos transnacionais que demandem investigações no exterior. Para tanto, este artigo é dividido em dois tópicos: o primeiro aborda o procedimento de cooperação jurídica internacional com tramitação via autoridade central brasileira; e o segundo aborda o procedimento para a cooperação policial internacional bilateral ou multilateral realizado diretamente pela Polícia Federal.

Palavras-chave: persecução criminal; Direito Penal; auxílio direto; Interpol; relações internacionais.

Abstract: The aim of this article is to provide guidance on the use of the international cooperation channel via the Federal Police to Brazilian authorities working in criminal investigation and prosecution in the fight against crime and in dealing with transnational crimes that require investigation abroad. Therefore, this article is divided into two topics: the first deals with the procedure for international legal cooperation via the Brazilian central authority; and the second deals with the procedure for bilateral or multilateral international police cooperation carried out directly by the Federal Police.

Keywords: criminal prosecution; criminal law; direct assistance; Interpol; international relations.

1. Introdução

A cooperação penal internacional pode ser definida como o mecanismo pelo qual os Estados e os organismos internacionais se auxiliam mutuamente no tratamento de questões de interesse do Direito Penal e do Direito Processual Penal contribuindo para a garantia do exercício do *jus puniendi* estatal (Portela, 2017, p. 534), tendo como base o artigo 4º, inciso IX, da Constituição Federal — sobre “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade” (Brasil, 1988). Será classificada em ativa ou passiva conforme a posição do ente nacional ou organismo internacional

enquanto demandante ou demandado. No Direito pátrio será ativa quando o Estado requerente for o Brasil e passiva quando o nosso país for o destinatário da medida.

Com a evolução da tecnologia da informação e dos meios de transportes e a consequente globalização das relações humanas, o fenômeno criminal cresce e se internacionaliza na mesma medida e com a mesma velocidade e complexidade. Nesse sentido, o exercício do poder punitivo estatal pode depender de atos praticados em outros Estados. Por isso, nos últimos anos, os Estados soberanos têm realizado diversos acordos bilaterais, memorandos de entendimento, convenções, pactos, notas verbais

¹ Mestra em Odontologia Legal pela Universidade de São Paulo (USP) em 2017. Especializanda em Direito Internacional e Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG) em 2025, *lato sensu*. Agente de Polícia Federal. Chefe substituta do Núcleo de Cooperação Internacional e da Representação Regional da Interpol da Polícia Federal no Estado de São Paulo. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6314823049121336>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7952-0030>.

² Especialista em Direito de Polícia Judiciária pela Escola Superior de Polícia da Academia Nacional de Polícia em 2020, *lato sensu*. Especialista em Direito Penal Econômico pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra de Portugal em 2016, *lato sensu*. Delegado de Polícia Federal. Chefe do Núcleo de Cooperação Internacional e da Representação Regional da Interpol da Polícia Federal no Estado de São Paulo. Professor da Academia Nacional de Polícia. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4634301875366390>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-2635-2758>.

e outros instrumentos de acordo internacional sobre questões penais e de segurança pública e formas de enfrentamento ao crime transnacional.

Segundo **Barrera** (2014, p. 35), esses acordos sugerem um novo tipo de relação entre os Estados que ele enquadra no conceito de realismo cooperativo. Ou seja, é a vontade dos Estados de enfrentar problemas comuns, que nenhum deles poderá resolver sozinho. Dessa forma, a cooperação não é entendida como um ato de caridade, nem como a imposição de uma agenda de um Estado a outro, e de forma alguma exige uma potência hegemônica para que se construam laços entre os Estados ou para que se liderem estratégias, mas como medidas conjuntas — não superpostas — que requerem que cada Estado coopere através de suas instituições para fazer frente comum a suas ameaças recorrentes.

O trabalho conjunto dos Estados no mundo contemporâneo, frente aos delitos transnacionais, decorre, pois, dos novos desafios que devem ser enfrentados e bem compreendidos pelos operadores do Direito. Um deles, observado por estes autores, é a falta de informação a respeito de como ocorre, quais as modalidades e qual o alcance da cooperação penal internacional; daí o propósito do presente artigo, com descrição de orientações conceituais e práticas, baseadas em levantamento bibliográfico e experiência cotidiana, quando tais medidas de assistência ocorrem no Brasil com participação da Polícia Federal¹ (PF). Para tanto, este artigo será dividido em dois tópicos: no primeiro, será abordado o procedimento de cooperação jurídica internacional com a participação da PF e tramitação via autoridade central brasileira; no segundo, o procedimento para a cooperação policial internacional bilateral ou multilateral realizado diretamente pela PF.

2. Cooperação jurídica internacional em matéria penal via PF

A cooperação jurídica internacional consiste em um modo formal de solicitar a outro país alguma medida judicial, investigativa ou administrativa necessária para um caso concreto em andamento² (**Brasil**, 2014), sendo disciplinada através de tratados ou reguladas por outros instrumentos internacionais como o *soft law* ou por lei interna (**Portela**, 2017, p. 552). Pode ainda ser realizada com base em promessas de reciprocidade, manifestadas por vias diplomáticas.

Essa cooperação é realizada por meio de auxílio indireto, que são as cartas rogatórias, homologação de sentença estrangeira (artigos 780 a 790, do Código de Processo Penal) e extradição, ou por auxílio direto. Considera-se auxílio direto, segundo artigo 28 do Código de Processo Civil (CPC), o pedido da autoridade estrangeira que não deva ser submetido a juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça. Observa-se que, de acordo com o artigo 13 do Decreto-Lei 4.657/42,

a prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça (**Brasil**, 1942).

Por muitos anos, a cooperação jurídica internacional foi realizada quase que exclusivamente por meio dos canais diplomáticos. No entanto, com o aumento das demandas internacionais e a necessidade de especialização da matéria e de uma maior agilidade no atendimento, foi desenvolvido internacionalmente o conceito de autoridade central nacional, que são os órgãos governamentais indicados pelos Estados que concentram o tratamento das demandas relativas ao auxílio entre os entes estatais (**Portela**, 2017, p. 554).

No Brasil, as funções de autoridade central são desempenhadas, em regra, pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP)³, consoante previsão expressa do artigo 26 do CPC. E no que se refere à Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal, tal papel institucional é exercido por intermédio do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI),

órgão que integra a estrutura da Secretária Nacional de Justiça (**Brasil**, 2023a).

Incumbe ao DRCI, pois, o recebimento, a análise, a adequação, a transmissão e o acompanhamento dos pedidos formulados por autoridades competentes, realizando juízo de admissibilidade administrativo, que inclui exame de compatibilidade jurídica e material, levando em conta a legislação nacional, acordos bilaterais e os tratados vigentes, garantindo a autenticidade dos pedidos e dispensando a legalização ou a tradução juramentada dos documentos (**Brasil**, 2014).

As autoridades brasileiras competentes para formalização de pedidos de cooperação jurídica em matéria penal são as mesmas que possuem jurisdição ou atribuição legal para requerer ou determinar tais medidas no âmbito da investigação criminal ou do processo penal (delegado de polícia, membro do Ministério Público ou juiz de Direito, conforme a natureza da medida)⁴. A diferença aqui decorre do fato de que não há que se falar em imposição no atendimento da solicitação, já que a cooperação internacional tem como premissas basilares o respeito à soberania dos Estados e a reciprocidade.

As medidas de cooperação jurídica internacional em matéria penal podem ser encaminhadas via PF ou diretamente pelas autoridades solicitantes ao DRCI, mediante peticionamento eletrônico, devendo para tanto ser criado perfil de usuário externo no Sistema Eletrônico de Informações (SEI) do MJSP. A seguir, obtida a autorização de acesso, deve-se preencher o Formulário de Auxílio Jurídico em Matéria Penal e anexar os documentos necessários à compreensão do pedido pelas autoridades requeridas. O pedido deve ser acompanhado de tradução para o idioma de destino, sem necessidade de tradução juramentada⁵.

Já quando a cooperação jurídica for realizada dentro de inquéritos policiais realizados pela PF, o delegado que preside a investigação deverá promover o seu encaminhamento, via SEI institucional com o preenchimento do referido formulário, através dos Núcleos de Cooperação Internacional (NCIs) existentes em cada uma das 27 unidades da PF nos estados, ou da Coordenação-Geral de Cooperação Jurídica Internacional (CGCJUR), instalada em Brasília.

Tanto os NCIs quanto a CGCJUR integram a Diretoria de Cooperação Internacional da PF (DCI), segmento especializado da PF para atuação internacional, cuja atribuição engloba dirigir, planejar, coordenar, orientar, controlar e avaliar atividades de cooperação internacional realizadas pela PF, seja na seara da cooperação jurídica internacional, seja na seara da cooperação policial internacional, além de outras competências (**Brasil**, 2023b).

À CGCJUR incumbe a função de intermediar os procedimentos de cooperação jurídica internacional entre a PF e a Autoridade Central para Cooperação Jurídica Internacional do Brasil. Já os NCIs têm a função de orientar e auxiliar na confecção, na instrução, no processamento e no encaminhamento à DCI dos pedidos de cooperação jurídica internacional realizados por autoridades policiais, judiciárias e representantes do Ministério Público com atuação na sua respectiva unidade da Federação (**Brasil**, 2023b).

Como orientação a respeito dos tipos de pedidos de cooperação jurídica internacional que podem ser encaminhados via NCI, têm-se: citação, notificação e intimação; oitiva de testemunhas, réus ou vítimas; solicitação de produção e/ou fornecimento de provas; fornecimento de documentos (inclusive bancários), registros e bens; execução de pedidos de busca e apreensão; quebra de sigilo bancário e/ou telemático; medidas de urgência; e repatriação de ativos. Segundo o artigo 27, VI, do CPC, as medidas de cooperação internacional podem englobar quaisquer medidas judiciais ou extrajudiciais não proibidas pela legislação brasileira.

3. Cooperação policial internacional

A cooperação policial internacional consiste na interação entre as forças policiais dos países, diretamente ou por meio de organismos multilaterais, com o objetivo de solicitar diligências no território de outros países, conduzir investigações conjuntas, colher e

trocar informações de inteligência, localizar e prender foragidos, dentre outros (Lemieux, 2013, p. 1). Fundamenta-se no respeito à soberania das nações, na reciprocidade, na voluntariedade, nos tratados e acordos bilaterais firmados entre os Estados e os organismos multilaterais de polícia. Observa-se que se trata de diligências que devem ser colhidas exclusivamente na fase investigativa e que prescindem de apreciação judicial, pois, caso sejam determinadas pela autoridade judiciária e englobem medidas restritivas de direitos, ou versem sobre a instrução probatória realizada no processo penal, deverão ser solicitadas via cooperação jurídica conforme demonstrado no tópico anterior.

Dentre os organismos policiais internacionais multilaterais, podem-se citar os de caráter regional como a Europol, a Afrípol, a Aseanapol e a Amerípol⁶, e os de caráter global, como a Interpol, além de outros que possam ser formados. A PF representa o Brasil perante tais organismos de cooperação policial internacional, dispondo de oficiais de ligação na Amerípol, na Europol, e atua como o Escritório Central Nacional (em inglês *National Central Bureau*) da Interpol.

No que concerne à Interpol, maior e mais relevante organismo de cooperação policial internacional⁷, trata-se de uma organização intergovernamental⁸, com 196 países-membros, cujo principal objetivo é garantir e promover a assistência mútua entre as polícias criminais dentro dos limites das leis existentes nos diferentes países e no espírito da Declaração Universal dos Direitos Humanos (Interpol, 1956). Essa organização, embora facilite a cooperação policial internacional, não tem autoridade para fazer cumprir a lei diretamente, já que sua atuação está sempre calcada no respeito à soberania de seus países-membros.

A Interpol possui diversas bases de dados de crimes e criminosos de uso comum pelos Estados que a integram⁹, utilizando ainda um sistema de comunicação e alertas internacionais, chamados de *notices*¹⁰, sendo a mais conhecida a *red notice*, ou difusão vermelha, que tem o objetivo de localização e prisão de pessoas foragidas para persecução penal ou cumprimento de sentença¹¹. Observa-se que, segundo o artigo 84, § 2º, da Lei 13.445/17, o pedido de prisão cautelar para posterior extradição poderá ser apresentado ao Supremo Tribunal Federal pelo órgão de representação da Interpol no País (PF), devidamente instruído com a documentação comprobatória da ordem de prisão proferida por Estado estrangeiro (Brasil, 2017).

Conforme já explanado no tópico anterior, a PF possui uma estrutura especializada para a cooperação internacional, a DCI, composta também pela Coordenação-Geral de Cooperação Policial Internacional (CGCPOL), que é a responsável por coordenar a execução dos atos de polícia criminal internacional solicitados por autoridades brasileiras, e, ainda, pela execução dos atos de cooperação policial solicitados por autoridades estrangeiras (Brasil, 2023b).

Compete aos NCIs atuar como ponto focal regional da DCI, orientando e auxiliando as autoridades competentes, federais e estaduais, na elaboração e no processamento das solicitações policiais e judiciais de disseminação de notificações e difusões da Interpol, bem como em relação a outras organizações análogas, e também estabelecendo contatos regionais com forças policiais federais e estaduais locais, agentes de Estados estrangeiros, organismos e demais entes públicos internacionais que possuam representação na respectiva unidade da Federação (Brasil, 2023b).

Por fim, além das estruturas central e regionais de cooperação internacional, a PF possui diversos postos no exterior com adidos policiais e oficiais de ligação em diferentes países e organismos internacionais e é responsável pelo Centro de Cooperação Policial Internacional (CCPI), sediado na cidade do Rio de Janeiro, com representantes policiais permanentes de nove países da América Latina e Espanha, cujo objetivo é a troca rápida de informações com polícias entre organizações parceiras.

O objetivo final dessa estrutura de cooperação internacional especializada e dedicada é propiciar às autoridades o atendimento célere, eficiente e eficaz das medidas necessárias a repressão,

elucidação e julgamento de crimes cujos efeitos transpassem as fronteiras dos países. Conforme ensina Neves (2019, p. 20), “*networks* de Policiais ao redor do globo contribuem, sobremaneira, aos ideais de Justiça e evitam a impunidade de criminosos que cruzam as fronteiras de seus países”.

Como orientação a respeito dos tipos de pedidos de cooperação policial internacional que podem ser encaminhados via NCI, têm-se: oitiva de investigado, testemunha e vítima na fase extrajudicial; informação sobre investigações e processos penais que não estejam sob sigilo; antecedentes criminais; localização de pessoas (investigado, denunciado, réu ou executado e pessoas desaparecidas); levantamento de dados cadastrais; informações sobre movimentação migratória; identificação de pessoas (vivas ou mortas); pedido de prisão para extradição; solicitação de publicação de difusão (ou *notices*); e prestação de informações espontâneas de interesse policial.

A tramitação através da PF pode ocorrer via SEI, ofício ou por *e-mail* institucional:

1. Via SEI: gerar o processo SEI e encaminhar ao NCI do respectivo estado. Unidade: NCI/SR/PF/unidade da federal, exemplo NCI/SR/PF/SP (NCI do estado de São Paulo);
2. Via ofício ou *e-mail*: encaminhar a solicitação por ofício ou via *e-mail* institucional para o NCI de cada estado federativo.

Em ambos os casos, o NCI fará a análise da solicitação e o encaminhamento à CGCPOL, ao CCPI ou ao representante da PF no exterior, a depender do caso concreto. O pedido deve conter o número do inquérito policial (IPL), da notícia de crime em verificação (NCV), do procedimento investigatório criminal do Ministério Público (PIC) ou do processo penal, bem como a descrição resumida dos fatos e a capitulação legal, nome do alvo (se for o caso), dados cadastrais, se houver, e descrição da solicitação. Após a realização das diligências pelas autoridades estrangeiras, a resposta seguirá o trâmite inverso com a comunicação do resultado via NCI ao órgão solicitante.

4. Conclusão

Ponto-finalizando o presente artigo, há que se destacar a necessidade crescente de utilização da cooperação internacional, através de suas inúmeras ferramentas, sejam elas de natureza jurídica ou policial, para que a persecução criminal alcance o ideal de Justiça e de Segurança Pública num mundo de fronteiras cada vez mais fluidas e permeáveis, sejam elas físicas ou digitais, e de crimes e organizações criminosas cada vez mais transnacionais. Tais ferramentas, frise-se, tal qual o Direito Penal Internacional, estão em constante processo de evolução e aprimoramento, haja vista a “jovialidade” e o amadurecimento dos órgãos e sistemas de cooperação.

Nesse sentido, faz-se necessário não apenas o aprimoramento do arcabouço jurídico de cooperação internacional em matéria penal, mas também e principalmente a disseminação do conhecimento e do ferramental à disposição das autoridades brasileiras que atuam na persecução penal para realização de medidas de cooperação internacional. Esse é, repise-se, o escopo do presente artigo, que se soma a inúmeras outras iniciativas acadêmicas (algumas delas aqui citadas) e a programas de difusão de conhecimento de cooperação internacional como o Programa Grotius Brasil do Ministério da Justiça e Segurança Pública¹² e ao Projeto Longa Manus da Diretoria de Cooperação Internacional da PF.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

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

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

Como citar (ABNT Brasil)

ZANIN, Alice Aquino; SANCOVICH, Ricardo Márcio Rossi. Cooperação internacional em matéria penal e a atuação da polícia federal brasileira: aspectos práticos. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 32, n. 384, p. 27-30,

2024. DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.13787601>. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1614. Acesso em: 1 nov. 2024.

Notas

- 1 A cooperação penal internacional também pode ocorrer por outros meios, como via auxílio direto entre os Ministérios Públicos dos entes nacionais, não abordados no presente artigo.
- 2 Para saber mais acesse o sítio eletrônico: <https://www.tjpr.jus.br/cooperacao-juridica-internacional>.
- 3 Excepcionalmente, quando ocorrer designação específica, a autoridade central poderá ser órgão diverso do MJSP. Em matéria penal, e.g., existem duas situações específicas nas quais a autoridade central é a Procuradoria Geral da República.
- 4 Para saber mais, acesse: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal>.
- 5 Para maiores informações e cadastramento no SEI/MJSP: Cadastro de usuário externo do Ministério da Justiça (Brasil, [2018]).
- 6 Para saber mais sobre o que é a Ameripol, acesse o sítio: www.ameripol.org/.
- 7 Para saber mais sobre a história da Interpol acesse o sítio: <https://www.interpol.int/who-we-are/our-history>.
- 8 Não se desconhece a existência de entendimento minoritário acerca da natureza da entidade (Calcara, 2021; Scandolara, 2024).
- 9 A Interpol dispõe de um sistema de base de dados de indivíduos (fugitivos e desaparecidos), dados forenses (DNA e impressões digitais), documentos de viagem, objetos furtados (veículos, obras de arte etc.), armas, dentre outros. Todas as bases de dados estão acessíveis aos países-membros através do sistema I-24/7. Para maiores informações, acesse o sítio: <https://www.interpol.int/How-we-work/Databases/Our-19-databases>.
- 10 Para visualizar todas as *notices*, acesse o sítio: <https://www.interpol.int/How-we-work/Notices/About-Notices>.
- 11 Para maiores informações sobre red notice, acesse o sítio: <https://www.interpol.int/How-we-work/Notices/Red-Notices>.
- 12 Para maiores informações sobre o Grotius Brasil, acesse: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/drci/capacitacao/grotius>.

Referências

- BARRERA, Juan Aparicio. La cooperación estatal frente a los problemas intermésticos. la amenaza transnacional criminal en Latinoamérica y el papel de las policías. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 31-63, 2014.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 jun. 2024.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 1 ago. 2024.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942*. Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 1 jun. 2024.
- BRASIL. *Decreto nº 11.348, de 1º de janeiro de 2023*. Aprova a estrutura regimental e o quadro demonstrativo dos cargos em comissão e das funções de confiança do Ministério da Justiça e Segurança Pública e remaneja cargos em comissão e funções de confiança. Brasília: Presidência da República, 2023a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/D11348.htm. Acesso em: 1 jun. 2024.
- BRASIL. *Lei nº 13.103, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 jun. 2024.
- BRASIL. *Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017*. Institui a Lei de Migração. Brasília: Presidência da República, 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm?msckid=5e60f3c2c38211eca6a4a5614d85b32a. Acesso em: 8 jun. 2024.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Cadastro de usuário externo*. Brasília: MJSP, [2018]. <https://www.justica.gov.br/Acesso/anexos-sei/cadastro-de-usuario-externo-instrucoes.pdf>. Acesso em: 9 set. 2024.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Instrução Normativa DG/PF Nº 270, de 15 de dezembro de 2023*. Estabelece as competências específicas das unidades centrais e descentralizadas da Polícia Federal e as atribuições de seus dirigentes. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2023b. Disponível em: <https://pfgovbr.sharepoint.com/sites/intranet/normativosinternos/Instru%C3%A7%C3%A3o%20Normativa/2023/in-270-2023-dg-pf.aspx>. Acesso em: 9 jun. 2024.
- BRASIL. Ministério da Justiça. *Cartilha de Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal*. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2014. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/drci/publicacoes/manuais/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal/cartilha-penal-09-10-14-1.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2024.
- CALCARA, Giulio. Balancing international police cooperation: Interpol and the undesirable trade-off between rights of individuals and global security. *Liverpool Law Review*, Liverpool, v. 42, p. 111-142, 2021. <https://doi.org/10.1007/s10991-020-09266-9>
- INTERPOL. *Constitution of the ICPO-INTERPOL*. Lyon: Interpol, 1956. Disponível em: <https://www.interpol.int/Who-we-are/Legal-framework/Legal-documents>. Acesso em: 19 jun. 2024.
- LEMIEUX, Frédéric. The nature and structure of international police cooperation: an introduction. In: LEMIEUX, Frédéric (Ed.). *International Police Cooperation: emerging issues, theory and practice*. Abingdon: Routledge, 2013. p. 1-24.
- NEVES, Ricardo Arlindo Dias. *Polícia cosmopolita: elementos à construção de uma doutrina brasileira de cooperação policial internacional*. 2019. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/229564>. Acesso em: 9 set. 2024.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 9 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017.
- SCANDOLARA, Renan Pellenz. Cooperação policial internacional: problemas globais, soluções locais. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 32, n. 379, p. 15-18, 2024. <https://doi.org/10.5281/zenodo.11175229>

Recebido: 12.08.2024. Aprovado: 02.09.2024. Última versão dos autores: 11.09.2024.

SISTEMA ACUSATÓRIO, O JUIZ E A PROVA: O PROBLEMA DOS PODERES INSTRUTÓRIOS

**ACCUSATORY SYSTEM, THE JUDGE, AND EVIDENCE: THE PROBLEM OF
INVESTIGATIVE POWERS**

Pedro Henrique Echeverria Bogus¹  

Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUCPR, Brasil
pedrobogus28@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.13834873>

Resumo: O trabalho analisa o papel do juiz no processo penal brasileiro, especificamente sob a óptica do princípio acusatório. A ideia central consiste em explorar os limites da atividade cognitiva processual dos juízes a partir de uma estrutura acusatória, destacando dois pontos de vista: um que defende maior liberdade probatória para o juiz e outro que sustenta a limitação às provas apresentadas pelas partes. O estudo aborda também as implicações para a imparcialidade judicial, presunção de inocência e outros princípios processuais penais.

Palavras-chave: processo penal; princípio acusatório; atividade probatória; imparcialidade judicial; presunção de inocência.

Abstract: This paper analyzes the role of the judge in the Brazilian criminal process, specifically from the perspective of the accusatory principle. The central idea is to explore the limits of the judge's cognitive procedural activity based on an accusatory structure, highlighting two perspectives: one that advocates for greater probative freedom for the judge, and another that supports limiting the evidence to what is presented by the parties. The study also addresses the implications for judicial impartiality, the presumption of innocence, and other criminal procedural principles.

Keywords: criminal process; accusatory principle; evidentiary procedure; judicial impartiality; presumption of innocence.

1. Introdução

O poder instrutório do julgador suscita questionamentos quanto à relação processual em si; sobre a posição do juiz em um processo penal acusatório; quanto à importância das provas em matéria criminal; e mesmo sobre os princípios processuais penais como a presunção de inocência e a imparcialidade judicial. Trata-se de assunto que parece tormentoso à doutrina e que exige compreensão pormenorizada dos tópicos correlatos.

2. Sistemas penais

Na sistemática processual penal, o tema tem origem na investigação dos diferentes modelos processuais: inquisitório e acusatório.

O sistema inquisitório pode ser caracterizado, acima de tudo, pela absoluta concentração de poder nas mãos do órgão julgador, que

assume concomitantemente as funções de instrução, acusação e julgamento (Barreiros, 1981, p. 13). Em matéria probatória, o modelo abre espaço para manipulação das premissas, jurídicas e fáticas, o que permite aos juízes investigar e julgar de acordo com o que Franco Cordeiro (1986, p. 51) chama de “primado das hipóteses sobre os fatos”, ou seja, primeiro o julgador assume uma hipótese, e depois deve prová-la.

Nesse contexto, o juiz penal engloba a função acusatória como se o exercício do magistério penal fosse a força motriz da segurança pública. Cria-se o juiz que faz justiça à sua vontade.

Em contrapartida, o sistema acusatório, fundado sob o princípio dispositivo, estabelece a necessária repartição de poderes entre os sujeitos processuais. Trata-se de um processo de partes por excelência: *actum trium personarum*. Nesse cenário, acusação, defesa e órgão julgador exercem funções e poderes distintos, indispensáveis ao devido processo legal.

¹ Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6122966124824461>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-4332-4627>. Instagram: [instagram.com/pedro_bogus](https://www.instagram.com/pedro_bogus). LinkedIn: [linkedin.com/in/pedro-bogus](https://www.linkedin.com/in/pedro-bogus).

O berço do processo penal acusatório encontra-se na Grécia Antiga, especificamente no Direito ateniense. Em sua gênese, o processo consistia em um debate, público, oral e em contraditório; o juiz era mais próximo de um árbitro, e a sentença era formada por órgão colegiado (Prado, 2006, p. 73).

Da forma como é proposta a organização dos sistemas processuais, o modelo de processo acusatório pode ser construído por exclusão, afastando-se o que integra o núcleo fundamental de um processo inquisitório.

Daí, portanto, que o alicerce do sistema é a rígida separação das tarefas de acusar, defender e julgar, de tal modo que os sujeitos do processo estejam efetivamente em condições de controlar o exercício do poder punitivo (Ferrajoli, 2014, p. 518).

No modelo acusatório, há a percepção de que a verdade — diga-se, verdade processual — é mais bem construída a partir da dialética dentre os sujeitos que possuem interesses contrapostos, fortalecendo a participação das partes no processo em detrimento de uma participação ativa do julgador. A lógica foge à ideia dos juízes inquisidores. Dessa forma, em um processo acusatório “puro”, cumpre às partes, exclusivamente e em igualdade de condições, toda a iniciativa processual, em particular a probatória. São elas que decidem as questões de fato relevantes e trazem as provas ao processo.

Superado o paradigma inquisitório, as provas, portanto, deixaram de ser produzidas sigilosamente e de ofício e passaram a ser introduzidas pelos destinatários do processo, à luz da publicidade. O pronunciamento jurisdicional, por sua vez, passou a ser feito com base no material probatório que as partes aportam ao processo, o que jamais desafiaria qualquer participação ativa do julgador, distante que deve estar dos interesses na causa.

É possível afirmar hoje que a busca da conformidade ao direito e a correta aplicação da lei penal aos fatos, é, pois, a finalidade da jurisdição acusatória. Merece destaque essa premissa fundamental a fim de concluir o raciocínio sobre os poderes instrutórios dos juízes.

Em complemento, cabe mencionar que parte da doutrina compreende insuficiente a separação inicial entre acusação e julgador, se for outorgado ao juiz um papel protagonista na busca pela prova ou até mesmo na prática de atos típicos da acusação durante toda a marcha processual (Lopes Júnior, 2024, p. 78).

De todo modo, o princípio acusatório deve ser considerado subjacente ao Estado Democrático de Direito e ao modelo de processo penal desenhado pela Constituição. Uma verdadeira estrutura acusatória do processo deve reserva à jurisdição penal a tarefa fundamental de controle do poder punitivo e afastá-lo, por fim, da gestão de políticas criminais preventivas ou repressivas.

A conclusão maior que pode ser extraída da organização dos modelos de processo pelo binômio acusatório/inquisitório é que a diferença fundamental entre eles reside no papel que é reservado ao juiz penal. O movimento pendular da jurisdição criminal oscila ora em favor de um juiz ativo — senhor do processo —, ora em sentido a um juiz inerte, obediente à máxima *ne procedat iudex ex officio*, seja para instaurar o processo, seja para produzir provas.

Longe de exaurir a discussão, a análise dos sistemas processuais penais fornece o ponto de partida para compreender os poderes instrutórios do juiz penal.

3. Prova criminal

Tratar sobre o poder de instrução atribuído aos juízes exige, antes de tudo, aprofundamento no tema probatório em matéria processual penal. A título de introdução, quem melhor destaca a importância do estudo é Mittermayer (1871, p. 12), que afirma:

Desde que um povo chega a conhecer o valor das liberdades civis e individuais, sabe e compreende perfeitamente que se pode fazer do processo criminal um instrumento de opressão muito perigoso para essas liberdades.

Afinal, toda sentença proferida sobre a culpabilidade de um acusado reserva uma parte especial em que é decidido se o crime foi de fato cometido, em que circunstâncias foi cometido, e se recai sobre o acusado a autoria do ilícito penal. Ora, essa parte da sentença, então, só pode ter por base a prova. A prova é, pois, o coração do processo penal.

Em realidade, o processo como meio de reconstrução histórica de um crime trata apenas de acontecimentos passados e se alimenta de migalhas daquilo que não mais pode ser reproduzido senão por meio inferencial: documentos, prova testemunhal etc. A prova, portanto, traz à luz elementos de conhecimento sobre determinado fato passado que o juiz não presenciou. Por isso que ainda mais importante do que a prova é o seu regramento processual.

As prescrições legais em matéria probatória estão intimamente relacionadas à forma como se organiza o processo penal, ou seja, se ele assume roupagem acusatória ou inquisitória. Dentre tais condicionantes, em última instância, as concepções sobre o papel do processo e, especialmente, da prova penal, estão diretamente relacionadas ao escopo do próprio Estado, que influi na figura do juiz penal.

Estabelecer esse ponto de partida afeto aos limites da atividade probatória, no sentido mais amplo, significa assumir que é nessa própria regulação que se encontra a opção político-criminal do Estado (Vieira, 2021, p. 46).

Não há como duvidar que o processo penal ostenta em suas regras probatórias a face de limite à atuação estatal ou sua antípoda. Não por outra razão que um segmento relevante da doutrina afirma que é a prova — mais especificamente a gestão da prova — o alicerce fundamental dos modelos processuais penais.

Na realidade do processo penal brasileiro, que assume paulatinamente características de um sistema acusatório, a própria afirmação do Estado Democrático de Direito pela Constituição Federal exige que o Estado-juiz se submeta a regras e limitações no que tange a matéria probatória, não devendo o juiz, portanto, ser protagonista na produção das provas que amparam seu próprio juízo de convicção. Essa é a baliza fundamental dos poderes instrutórios.

4. Poderes instrutórios e o papel do juiz

A grande problemática que envolve a atuação probatória do juiz durante a instrução criminal reside na própria lei processual. Isso porque a Constituição de 1988 define um modelo de processo penal acusatório, com garantias de contraditório, ampla defesa, imparcialidade do juiz e devido processo legal assegurado. Contudo, na legislação infraconstitucional, não são poucos os resquícios de inquisitorialidade.

A fim de definir o núcleo fundamental do processo acusatório brasileiro, toma-se por base o que se extrai do art. 3º-A do Código de Processo Penal (CPP): “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (Brasil, 1941).

A literalidade do artigo nos permite concluir que: a) é vedada a atuação do juiz na fase de investigação; b) é vedada, na instrução, a substituição pelo juiz da atuação probatória do órgão acusador. Contudo é possível observar evidente antinomia entre a base acusatória do processo penal com outros dispositivos processuais, a exemplo do art. 156 do CPP, que permite ao juiz ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas ou mesmo, determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir

sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (**Brasil**, 1941).

A partir disso, fica evidente a contrariedade de alguns institutos processuais com o princípio acusatório.

Eis, portanto, o dilema processual que envolve os poderes instrutórios. Afinal, embora caiba às partes o ônus probatório, fica o juiz facultado de colher e produzir elementos a fim de satisfazer sua própria convicção, o que muito se aproxima da tese inquisitória, em vistas de apurar uma verdade dos fatos.

Há que se reconhecer que a tensão constante entre os interesses de satisfação da pretensão punitiva e tutela das liberdades do acusado é característico do processo penal, e, portanto, os poderes instrutórios, desenhados nessa conjuntura, são fatores que merecem reexame, assumindo que o problema estrutural do CPP reside justamente na filtragem constitucional dos dispositivos contrários à ordem acusatória. Do inverso, fortalece os ideais que alimentaram a forte carga inquisitória ainda vigente.

Nesse sentido, o que se observa é que a doutrina se divide em posições antagônicas. Dentre todos, podemos destacar o magistério de **Ada Pellegrini Grinover** (1999, p. 75), para quem o papel do juiz, em vista do princípio publicista, deve atender à função social do processo, estimulando o contraditório, responsável também por suprir as deficiências dos litigantes, promovendo a paridade de armas. Os poderes instrutórios, portanto, seriam necessários ao melhor acerto fático da controvérsia penal. Em acréscimo, **Marcos Alexandre Coelho Zilli** (2003, p. 152) reforça que os poderes instrutórios seriam necessários ao melhor acerto fático da controvérsia penal, o que não implicaria em inversão do ônus probatório, considerado sobretudo um “poder-dever” dos juízes.

Por outro lado, **Jacinto Coutinho** (2001, p. 41) relembra que o mais importante ao processo penal acusatório é afastar o juiz da gestão probatória, evitando os “quadros mentais paranoicos”, e que, portanto, permitir ao julgador qualquer atividade probatória fere de todo sua imparcialidade. Em complemento, é possível afirmar a máxima *ne procedat iudex ex officio* é essencial para manter figura de um juiz-espectador e não um juiz protagonista (**Lopes Júnior**, 2024, p. 83).

Atividade instrutória, nesse contexto, deve sempre partir de uma afirmação que é submetida ao teste da demonstração. A imputação formulada na denúncia será então posta à prova ao longo da instrução. O juiz, também sujeito da relação processual, a quem recai a missão de solucionar o caso penal, não poderá fugir aos termos da imputação, sendo essa sua limitação decisória.

É correto afirmar, portanto, que, quanto mais rica a instrução, melhores serão as chances de um bom julgamento. No terreno das incompatibilidades, contudo, um sistema acusatório se mostra avesso ao juiz que atua na produção de provas durante investigação, o que não se confunde com poderes instrutórios.

De fato, a opção do legislador pelo sistema acusatório é permeada por atributos que o tornam um modelo de gestão processual preferível à sua antítese inquisitória. Nesse contexto, considerando a base de um modelo acusatório puro, a passividade do julgador deve ser considerada fundamental para a preservação de sua imparcialidade.

No campo probatório, a dialética que propõe é o método alternativo mais adequado àquele fundado em uma visão unilateral sobre a prova, centrada na figura do julgador. Nessa direção, fundamenta-se uma estrutura de processo preocupada na melhor solução ao caso penal, que permite aos interessados construir em comunhão a sentença, evitando violações de direitos e garantias do acusado.

Com base no princípio acusatório, o órgão jurisdicional passa a ocupar uma posição distinta das partes — imparcialidade — essencialmente porque é desinteressado quanto às pretensões

dos sujeitos parciais. Isso é o que lhe permite apreciar o caso concreto sem se deixar conduzir por paixões, ou mesmo a fim de desequilibrar a relação jurídica. Essa posição do julgador implica, por óbvio, em limites à sua atuação probatória e aos poderes instrutórios.

Por isso, não se considera essencialmente acusatório o processo quando se confundem as funções de acusar e julgar. Como faz parecer, é isso que a segunda parte do artigo 3º do CPP preconiza: que os juízes não adentrem no campo probatório da acusação.

Impor padrões pelo viés da legalidade acusatória acarreta, portanto, em limites à busca desenfreada pela “verdade real”. Nesse sentido, ainda que se admita atividade de instrução a cargo do juiz, jamais poderá ser proclamada a fim de alcançar uma verdade quase metafísica, inatingível pela via processual.

Em complemento, uma adequada compreensão do processo em sua face acusatória não pode ser dissociada da ideia de imparcialidade do julgador. Esses conceitos, no final das contas, complementam-se. Nas palavras de **Eugenio Raúl Zaffaroni** (1995, p. 86) “a jurisdição não existe se não for imparcial”.

A imparcialidade, na dimensão do processo acusatório, é também corolário da separação de funções. Isso porque a rígida distinção entre acusar e julgar permite afastar o juiz da centralidade processual, inclusive do protagonismo probatório, preservando, assim, sua imparcialidade quanto ao objeto do processo (**Lopes Júnior**, 2022, p. 82). Pensar os poderes instrutórios desconectados do princípio da imparcialidade é incorrer em grave reducionismo sobre a concepção de processo acusatório.

Cabe mencionar: imparcialidade não se confunde com neutralidade. A concepção de neutralidade originalmente almejada dos juízes (“juiz boca da lei”) cria julgadores dissociados do contexto social, alheios a qualquer concepção ideológica, social, cultural e psicológica, o que costumam denominar de “juiz asséptico”, considerada uma utopia (**Souza**, 2018, p. 144).

Por mais objetiva que possa parecer a atuação dos juízes, estarão sempre condicionados a uma cosmovisão que lhes é particular, e, portanto, não são absolutamente afastados de suas emoções, inclusive no momento de julgar. A neutralidade política do aplicador e intérprete da lei só existe nos livros (**Grau**, 2005, p. 51). Embora a ideia de absoluta neutralidade dos julgadores seja uma utopia rechaçada pela doutrina moderna, não podemos, contudo, utilizá-la a pretexto de infirmar a importância da imparcialidade judicial.

As partes, a quem incumbe o ônus probatório, refletem seus interesses no momento de provar as alegações postuladas. Trata-se, em verdade, de característica da parcialidade que lhes é inerente, afinal, perseguem finalidades opostas quanto ao caso penal. Por consequência, o material probatório que fazem aportar traduz interesse subjetivo, ou seja, não é tarefa neutra, pois sempre deduz a hipótese que, pela prova, pretendem ver confirmada. **Piero Calamandrei** (2000, p. 126) já alertava: “Imparcial deve ser o juiz, que está acima dos contendores; mas os advogados são feitos para serem parciais”.

A conclusão lógica é que os poderes instrutórios, assim como fazem as partes no processo, permitem confirmar uma hipótese através da prova, ou seja, permitem convencer o juiz da tese condenatória ou absolutória. A própria ideia de construir uma solução ao caso de forma dialética — característica fundamental do sistema acusatório — já seria refratária ao poder instrutório do julgador.

5. Conclusão

A conclusão, a partir do que a doutrina explica, mostra que o julgador, quando pode instaurar o processo por iniciativa própria, ou mesmo quando tem carga exclusiva da prova, afasta-se do ideal

de imparcialidade e corre risco de se comprometer *a priori*, ainda que inconscientemente, com a tese de culpabilidade, que tentará demonstrar através de sua atividade instrutória. A pesquisa servirá apenas à confirmação de uma verdade já estabelecida.

Geraldo Prado (2006, p. 137) faz exemplo dos perigos da atividade probatória quando explica que

Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedor da imparcialidade do julgador.

Assim, frisa-se, quem apresenta a tese acusatória assume o ônus processual de reverter o manto protetivo da presunção de inocência, o que se alcança com a demonstração da veracidade da imputação (**Badaró**, 2003, p. 433).

Não há como desconsiderar que a atividade probatória exercida pelas partes pode, ao final do processo, restar insuficiente, gerando estado de dúvida. O resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão última do processo.

Por isso, não se desconhece o risco de os juízes produzirem provas a fim de se comprometerem com a tese acusatória. A ordem dos fatores incluídos no processo nos permite concluir que a introdução do material probatório é precedida da imagem involuntária que fazem as partes na resolução do caso penal (**Prado**, 2006, p. 141). A regra não foge aos juízes, pois também são humanos, e, ainda que inconscientemente, ao tipo de prova que pesquisam, pretendem, no final das contas, fazer vencedora determinada hipótese.

Claro, quando determinam os juízes que seja produzida alguma prova pertinente à superação do estado de dúvida, não há como afirmar que sabem ao certo se o resultado probatório irá favorecer à tese acusatória ou defensiva. Entretanto é inegável: o caso penal se resolve em condenação ou absolvição.

A infinita variedade de situações jurídicas que podem ser apresentadas ao judiciário, por vezes, não encontrará ao final da instrução solução adequada. Considerando que o processo não mais serve à busca da verdade real, na hipótese em que a atividade probatória se encerra em estado de incerteza, por óbvio, o imperativo da presunção de inocência deveria implicar em absolvição.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** somente o pesquisador que cumpre o requisito de autoria deste artigo é listado como autor. **Declaração de originalidade:** o autor garante que o texto aqui publicado não foi publicado

anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ele também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil)

BOGUS, Pedro Henrique Echeverria. Sistema acusatório, o juiz e a prova: o problema dos poderes instrutórios. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 32, n. 384, p. 31-34, 2024. DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.13834873>.

Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1220. Acesso em: 1 nov. 2024.

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 16 set. 2024.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Túrím: UTET, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à teoria geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 3-55.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 7, n. 27, p. 71-79, 1999.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2022.

MITTERMAYER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal, ou, exposição comparada dos princípios da prova em matéria criminal etc., de suas aplicações diversas na Alemanha, França, Inglaterra etc.* Porto Alegre: Bookseller, 1871.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Almedina, 2018.

VIEIRA, Renato Stanzola. *Controle da prova penal: obtenção e admissibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder Judiciário: crises acertos e desacertos*. Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: **Renato Stanzola Vieira**
1.ª Vice-Presidente: **Maria Carolina de Melo Amorim**
2.ª Vice-Presidente: **Vinicius de Souza Assumpção**
1.ª Secretária: **Raquel Lima Scalcon**
2.ª Secretária: **Bruno Shimizu**
3.ª Secretária: **Carina Quito**
1.ª Tesoureira: **Camila Torres Cesar**
2.ª Tesoureira: **Antonio Pedro Melchior**
Diretoras Nacionais das Coord. Regionais e Estaduais:
Juliana Sanches Ramos
Luanna Tomáz de Souza
Fernanda Pascoal Valle Bueno de Castilho

CONSELHO CONSULTIVO

Marina Pinhão Coelho Araújo
André Nicolitt
Ester Judite Rufino
Felipe Cardoso Moreira de Oliveira
Cleunice Aparecida Valentim Bastos Pitombo
Marcos Alexandre Coelho Zilli

OUIDORA

Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado

BOLETIM IBCCRIM

ISSN (Impresso): 1676-3661 | ISSN (Eletrônico): 2965-937X

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

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

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

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

ASSISTENTE EDITORIAL: Bianca Ramos de Oliveira (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, São Paulo/SP).

ESTAGIÁRIA: Leidiane de Souza Cruz (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, São Paulo/SP).

EXPEDIENTE EDITORIAL: IBCCRIM

CORPO DE PARECERISTAS DESTE NÚMERO: Amanda Tavares Borges (Centro Universitário Salesiano de São Paulo – Unisal, Brasil), Bruno Emanuel Setubal Learte (Ministério Público do Maranhão – MPMA, Brasil), Carina Quito (Universidade de São Paulo – USP, Brasil), Cristiano de Barros Santos Silva (Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM, Brasil), Daiana Santos Ryu (Universidade de São Paulo – USP, Brasil), Diogo Abineder Ferreira Nolasco Pereira (Faculdades Doctum de Manhuaçu, Brasil), Elmer Vicenzi (Polícia Federal – PF, Brasil), Felipe Mrack Giacomolli (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Brasil), Fernando Cavaleiro (Universidade Federal do Pará – UFPA, Brasil), Gerson Faustino Rosa (Universidade Estadual de Maringá – UEM, Brasil), Gisela Aguiar Wanderley (Universidade de Brasília – UnB, Brasil), Glexandre de Souza Calixto (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Brasil), Guilherme Moreira Pires (Universidade Estadual do Oeste do Paraná – Unioeste, Brasil), Helena Morgado (Defensoria Pública do Rio de Janeiro – DPRJ, Brasil), Hugo de Oliveira Martins (Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Brasil), Jônica Marques Coura Aragão (Universidade Federal da Paraíba – UFPB, Brasil), Jorge Trindade (Universidade Fernando Pessoa, Porto, Portugal), Julia Sadalla (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, Brasil), Luís Gustavo Durigon (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Brasil), Marcus Vinicius Cruz de Miranda (Universidade Federal do Pará – UFPA, Brasil), Michele Oliveira de Abreu (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, Brasil), Raquel Rachid (Universidade de São Paulo – USP, Brasil), Renan Scandolara (Academia de Polícia Civil do Estado de Santa Catarina – Acadepol, Brasil), Rodrigo de Azevedo Martins (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, Brasil), Taisa Gabriela Soares (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Brasil), Tatiana Lourenço Emmerich de Souza (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Brasil), Víctor Américo Alves de Freitas (Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, Brasil).

AUTORES(AS) DESTE NÚMERO: Alice Aquino Zanin (Polícia Federal – PF, Brasil), Francisco Felipe Lebrão Agosti (Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM, Brasil), Helena Morgado (Defensoria Pública do Rio de Janeiro – DPRJ, Brasil), Juarez Cirino dos Santos (Universidade Federal do Paraná – UFPR, Brasil), Pedro Henrique Echeverria Bogus (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR, Brasil), Pedro Ivo Rodrigues Velloso Cordeiro (Universidade de São Paulo – USP, Brasil), Pedro Luís de Almeida Camargo (Universidade de São Paulo – USP, Brasil), Pierpaolo Cruz Bottini (Universidade de São Paulo – USP, Brasil), Ricardo Márcio Rossi Sancovich (Polícia Federal – PF, Brasil).

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

REVISÃO E PRODUÇÃO GRÁFICA: Gustavo Marcelino de Souza | Tel.: (16) 99763-7678

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

DIVULGADORES | BASES DE DADOS INDEXADAS:



Google Acadêmico



zenodo



latindex

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, 6º andar, CEP 01018-010, S. Paulo/SP, Brasil.
Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave)
www.ibccrim.org.br

Cursos Internacionais EAD

Uma parceria do IBCCRIM com a Universidade de Coimbra

13º CURSO
**DIREITO PENAL
ECONÔMICO**
IBCCRIM - Coimbra EAD
Novo
25 anos de parceria
IBCCRIM-COIMBRA

The banner features a white background with a red triangle in the top right corner. It includes a small graphic of a building and a line graph.

CURSO
Processo Penal 5ª Edição
IBCCRIM - COIMBRA
EAD

The banner has a dark background with a blue sky and a building. It features the Brazilian and Portuguese flags in the top right corner.

Cursos livres e de aprofundamento EAD

Novo
CURSO
**TEMAS ATUAIS DA
INVESTIGAÇÃO
CRIMINAL**
Curso Online

The banner has a white background with a red triangle in the top right corner and a red line graphic.

CURSO
**PROVAS NO
PROCESSO PENAL**
CURSO ONLINE

The banner features a background of puzzle pieces with a building illustration.

CURSO
**Responsabilidade
Penal** de Dirigentes de Empresas
CURSO ONLINE

The banner has a white background with a collage of office-related images.

Novo
BETS
REGULAÇÃO E ASPECTOS CRIMINAIS
Saiba mais!

The banner features a collage of images including a hand holding cards, a soccer ball, and stacks of coins.



Inscriva-se!

Associadas e associados ao IBCCRIM têm **25% de desconto** nos cursos!