MPMG JURÍDICO
Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Curso de Pós-graduação Lato Sensu

CIÊNCIAS CRIMINAIS
NA VISÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Trabalhos de conclusão de curso - 2024

CEAF Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional
MPMG Ministério Público do Estado de Minas Gerais

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Procurador-Geral de Justiça
Procurador de Justiça Jarbas Soares Júnior

Corregedor-Geral do Ministério Público
Procurador de Justiça Marco Antonio Lopes de Almeida

Ouvidora do Ministério Público
Promotora de Justiça Nádia Estela Ferreira Mateus

Procuradora-Geral de Justiça Adjunta Jurídica
Procuradora de Justiça Eliane Maria Gonçalves Falcão

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo
Procurador de Justiça Márcio Gomes de Souza

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional
Procurador de Justiça Luiz Henrique Acquaro Borsari

Chefe de Gabinete
Promotor de Justiça Carlos Alberto Valera

Secretária-Geral
Promotora de Justiça Cláudia Ferreira Pacheco de Freitas

Diretora-Geral
Clarissa Duarte Belloni

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Diretora do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional
Procuradora de Justiça Élida de Freitas Rezende

Coordenador Pedagógico do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional
Promotor de Justiça Pablo Gran Cristóforo

Superintendente de Formação e Aperfeiçoamento
Tereza Cristina Santos Barreiro

Diretor de Produção Editorial
Leonardo Camargo Souza

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU
CIÊNCIAS CRIMINAIS NA VISÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Coordenador do curso
Pablo Gran Cristoforo

Corpo docente
Adilson de Oliveira Nascimento
Alex Fernandes Santiago
Alexandre da Rocha Almeida de Moraes
Alisson da S. Costa
Ana Lara Camargo de Castro
André Estevão Ubaldino Pereira
Angelo Ansanelli Júnior
César Danilo Ribeiro de Novais
Cláudio Maia de Barros
Douglas Fischer
Edilson Mougenot Bonfim
Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha
Fernando Ferreira Abreu
Gregório Assagra de Almeida
Lélio Braga Calhau
Leonardo Barreto Moreira Alves
Lilian Maria Ferreira Marotta Moreira
Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro
Luíza Cristina Fonseca Frischeisen
Marcelle Rodrigues da Costa e Faria
Marcelo de Oliveira Milagres
Marcos Paulo de Souza Miranda
Mauro Ellovitch
Mauro Fonseca Andrade
Monique Mosca Gonçalves
Pery Francisco Assis Shikida
Rochelle Danusa Jelinek
Rodrigo Antônio Ribeiro Storino
Rodrigo Iennaco de Moraes
Rogério Filippetto de Oliveira
Ticiane Louise Santana Pereira
Valério de Oliveira Mazzuoli
Vinicius Bigonha Cancela Moraes de Melo
Vladimir Barros Aras
Wagner Marteleto Filho
William Garcia Pinto Coelho

EQUIPE TÉCNICA

Diagramação
Rafael de Almeida Borges

Arte da capa
Stephanie Maria Rodrigues Silva

APRESENTAÇÃO

É com imensa alegria que apresentamos a toda a classe a Revista da Pós-graduação "Ciências Criminais na visão do Ministério Público".

Trata-se de uma coletânea de artigos científicos, apresentados e aprovados como trabalho de conclusão de curso, desenvolvidos durante a especialização promovida pela Escola Institucional do Ministério Público – Ceaf MPMG.

A Pós-graduação foi idealizada e executada com o objetivo de apresentar aos alunos, membros do Ministério Público e servidores, as temáticas teóricas mais densas e complexas da área criminal, sem descuidar do viés prático necessário para o bom desenvolvimento das atividades cotidianas nas unidades funcionais da nossa instituição.

Para tanto, selecionamos, como docentes, os profissionais referenciais em cada matéria específica, de modo a permitir uma análise verticalizada e aprofundada dos assuntos cuidadosamente selecionados.

Não por outro motivo, o primeiro agradecimento se destina aos nossos valorosos professores e fazemos questão de nominá-los um a um:

Adilson de Oliveira Nascimento, Alex Fernandes Santiago, Alexandre da Rocha Almeida de Moraes, Alisson da S. Costa, Ana Lara Camargo de Castro, André Estevão Ubaldino Pereira, Angelo Ansanelli Júnior, César Danilo Ribeiro de Novais, Douglas Fischer, Edilson Mougenot Bonfim, Fernando Abreu, Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha, Gregório Assagra de Almeida, Lélio Braga Calhau, Leonardo Barreto Moreira Alves, Lilian Maria Ferreira Marotta Moreira, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Luíza Cristina Fonseca Frischeisen, Marcelle Faria, Marcelo de Oliveira Milagres, Marcos Paulo de Souza Miranda, Mauro Ellovitch, Mauro Fonseca Andrade, Monique Mosca Gonçalves, Pery Francisco Assis Shikida, Rochelle Danusa Jelinek, Rodrigo Antônio Ribeiro Storino, Rodrigo Iennaco de Moraes, Rogério Filippetto de Oliveira, Ticiane Louise Santana Pereira, Valério de Oliveira Mazzuoli, Vinicius Bigonha Cancela Moraes de Melo, Vladimir Barros Aras, Wagner Marteleto Filho e William Garcia Pinto Coelho.

O segundo agradecimento segue para os orientadores e examinadores da banca de análise dos trabalhos conclusão de curso, que muito contribuíram para o sucesso da Pós-graduação.

Na sequência, registramos agradecimentos à Diretoria de Formação do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, nas pessoas da Superintendente Tereza Santos Barreiro, da Coordenadora Daniela Nogueira Peixoto, além de Elmita Xisto, extensivo a toda excelente equipe.

Um abraço especial para a Dra. Elaine Martins Parise, por tudo o que fez!

E, por fim, e não menos importante, aos alunos e alunas que deram vida a esse projeto e que fizeram tudo valer a pena. O esforço e a dedicação confirmaram a máxima de que um instante exitoso não é um instante, é uma trajetória.

Aos leitores, desejamos um proveitoso estudo, certos de que dispõem de um riquíssimo material de pesquisa.

Um abraço,

Élida de Freitas Rezende
Procuradora de Justiça
Diretora do Ceaf

Pablo Gran Cristóforo
Promotor de Justiça
Coordenador Pedagógico do Ceaf

CONTEÚDO

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: UM ESTUDO À LUZ DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL 7
ALANA DE CASTRO FREITAS

TRIBUNAL DO JÚRI: CONFISSÃO QUALIFICADA RECONHECIDA PELO JUIZ PRESIDENTE..... 28
AO APLICAR A PENA E A SOBERANIA DOS VEREDITOS
ANA CLÁUDIA LOPES

O (DES)CABIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL..... 41
EM PROCESSOS COM DENÚNCIA RECEBIDA ANTES DA VIGÊNCIA DO PACOTE ANTICRIME
ANTÔNIO HENRIQUE FRANCO LOPES

O *HEARSAY TESTIMONY* COMO PROVA INDIRETA NO TRIBUNAL DO JÚRI..... 56
E SUA UTILIZAÇÃO NA PROTEÇÃO DO DIREITO À VIDA
CLARA MARIA HOEHNE SEPÚLVEDA

PROGRESSÃO ESPECIAL PARA AS MÃES: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO 71
DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA E A PERSONALIZAÇÃO DA RESPOSTA PUNITIVA DO ESTADO
DANIELE ALZIRA SILVA CABRAL MOREIRA

A FALIBILIDADE DA PROVA ATRAVÉS DE RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO 86
E A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA GARANTIA DOS DIREITOS DAS VÍTIMAS
DANIELE REJANE PINTO VERSIEUX
LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

COMPORTAMENTO DA VÍTIMA E CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE DESCUMPRIMENTO 106
DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA
EDUARDO ALMEIDA DA SILVA

A PRISÃO COMO EFEITO DA CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI: 118
O DIÁLOGO ENTRE A SOBERANIA DOS VEREDICTOS E O PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA
GIOVANI AVELAR VIEIRA

FUNDAMENTOS DE VALIDADE DA BUSCA PESSOAL: APONTAMENTOS SOBRE OS REQUISITOS 130
E LIMITES QUE (DES)LEGITIMAM A ABORDAGEM E A BUSCA PESSOAL DO CIDADÃO PELA POLÍCIA OSTENSIVA
GISELE MENEZES RIBEIRO DE OLIVEIRA

O PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO 147
GUILHERME ABRAS GUIMARÃES DE ABREU

SÚMULA VINCULANTE N.º 56 SOB O ENFOQUE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE 160
JULIANA GOMES DOS SANTOS

COLABORAÇÃO PREMIADA: CONTROLE JUDICIAL E O ALCANCE DO JUÍZO DE DELIBAÇÃO 173
LAURA MARIA MACHADO COSTA

OS DANOS DE NATUREZA EXTRAPATRIMONIAL NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA:..... 203
O PODER-DEVER DE FIXAÇÃO PELO JUIZ NAS INFRAÇÕES PENAIS COMETIDAS EM FACE
DOS BENS JURÍDICOS COLETIVOS AMPLAMENTE CONSIDERADOS
LEONARDO DINIZ FARIA

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A DISCUSSÃO SOBRE A NATUREZA DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE ESTÁ DE VOLTA?.... 227
LIDIANE DUARTE HORSTH

JUSTIÇA RESTAURATIVA: A ATUAÇÃO PREVENTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO..... 247
NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DE BELO HORIZONTE/MG
LÍVIA QUINTÃO PIMENTA

O PSEUDODIREITO DO RÉU DE MENTIR E OS REFLEXOS NA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA 263
MANUELA XAVIER LAGES FARIA

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A CENSURA: *QUID VERITAS EST?* 278
MARCELO DUMONT PIRES

DA POSSIBILIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO UTILIZAR AS PROVAS PRODUZIDAS..... 298
NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO PENAL PÚBLICA
MARCUS VALÉRIO COSTA COHEN

O ATIVISMO JUDICIAL NO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA DA PENA:..... 312
UMA PESQUISA POR AMOSTRAGEM NO ÂMBITO DA 10ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE BELO HORIZONTE
MARINA RODRIGUES SANTOS FONSECA

A AUSÊNCIA DE PARIDADE DE ARMAS PARA A PROTEÇÃO DAS VÍTIMAS NO PROCESSO PENAL..... 326
MATEUS BEGHINI FERNANDES

INJÚRIA RACIAL COMO CRIME DE RACISMO E A IMPOSSIBILIDADE 341
DE OFERECIMENTO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP)
PAULA FONTENELLE DA COSTA AMADEU

IMPLICAÇÕES DECORRENTES DA LAVRATURA DOS TERMOS CIRCUNSTANCIADOS 360
DE OCORRÊNCIA PELA POLÍCIA MILITAR
RENATO AUGUSTO DE MENDONÇA

A TUTELA PENAL DOS ANIMAIS: A APLICAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO..... 379
ANTE A PRÁTICA VIOLENTA DE CRUELDADE CONTRA CÃES E GATOS
SILVIA ALTAF DA ROCHA LIMA CEDROLA
MARCOS PAULO DE SOUZA MIRANDA

A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO APLICADA AO CONTEXTO DE SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRO: 393
UM ENSAIO SOBRE IMPUNIDADE ESTRUTURAL
VANIA SAMIRA DORO PEREIRA PINTO

ESTUDO DO ELEMENTO VOLITIVO NO DOLO E A PROBLEMÁTICA DE SUA AFERIÇÃO NO CAMPO PROBATÓRIO..... 407
WALKIRIA FERREIRA BORGES

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: UM ESTUDO À LUZ DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

ALANA DE CASTRO FREITAS

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: UM ESTUDO À LUZ DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

ALANA DE CASTRO FREITAS

PROFESSOR ORIENTADOR: LEONARDO BARRETO MOREIRA ALVES

RESUMO: Este trabalho se pauta sobretudo, no aumento da criminalidade infanto juvenil e se a redução da maioridade penal seria a solução deste problema. Esta alteração está no centro de grande polêmica, uma vez que existem teses favoráveis e contrárias a ela sendo debatidas no cenário nacional. Todavia, além dos diversos argumentos de cunho legal, social e ideológico em que se baseiam os estudiosos do tema, o ponto principal abordado neste trabalho é a incompatibilidade da redução da maioridade penal com a Doutrina da Proteção Integral adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Uma vez que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seus artigos 227 e 228, ao elencar os direitos das crianças e dos adolescentes, adotou a Doutrina da Proteção Integral, elevou assim tais direitos ao status de direito fundamental, que como tais não podem ser reduzidos, já que se tratam de cláusulas pétreas. Entretanto, se a redução da maioridade penal não é a via adequada para solucionar o problema da criminalidade infanto juvenil, é necessário buscar formas eficazes de solucioná-lo, e assim torna-se incontestável a necessidade da adoção de políticas públicas preventivas a serem implantadas com seriedade objetivando corrigir gravíssimas injustiças, aperfeiçoando o Estatuto da Criança e do Adolescente, implantando escolas de tempo integral, que realmente atinjam a sua função social e a reformulação do sistema de internação bem como a capacitação dos profissionais que trabalham diretamente com o menor infrator. Deve-se esquecer certos ilusionismos como a redução da maioridade penal que, por certo, tendo em vista o atual sistema penitenciário brasileiro, não diminuirá a criminalidade e acabará por agravar, ainda mais, a violência.

PALAVRAS-CHAVE: maioridade penal, redução, proteção integral, criminalidade infanto juvenil.

ABSTRACT: This work is guided, especially, on the increasing of children and youth criminality , and whether the reduction of the criminal responsibility would be the solution of this problem. This change is at the center of a great polemic, since there are thesis which are for and against and its being debated in the national scenery. Nevertheless, besides the several arguments of legal, sociological and ideological nature in which the studious of the theme based themselves, the main point, focused in this work is the incompatibility of reduction of the criminal responsibility with the Doctrine of Integral Protection, adopted by the Brazilian juridical planning. Since the Constitution of Federal Republic of Brazil, in 1988, in its articles 227 and 228, listing the children's and teenager's rights, adopted the Doctrine of Integral Protection, elevated, thus, such rights to the status of fundamental right, that, equally can't be reduced, once they treat stony terms. However, if the reduction of criminal responsibility is not the suitable way to solve the problem of children and youth criminality, it is necessary to look for efficient ways of solving it, and this way, it is incontestable the necessity of adopting preventive public policy to be implemented with seriousness, aiming to check serious injustices, improving the Statute of Children and Teenagers: implementing full time schools, which really reach its social function and the reformulation of the system of internment, as well the capacity of the professionals who work directly with the violator child. We must forget certain illusionism, like the reduction of criminal responsibility, that, for sure, taking into account the Brazilian penitentiary, will not diminish the criminality and will end up worsen, even more, the violence.

KEYWORDS: criminal responsibility, reduction, integral protection.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS:
CP- Código Penal Brasileiro
CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90)
IDH- Índice de Desenvolvimento Humano
ONU- Organização das Nações Unidas
PEC- Proposta de Emenda Constitucional

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO 10

2 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE 10

3 - MAIORIDADE PENAL 15

3.1 - ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL 15

3.2 - A MAIORIDADE PENAL NO MUNDO 17

4 - A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL 17

5 - A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL COMO PARADIGMA 19

5.1 - PRINCÍPIOS NORTEADORES DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL 19

5.1.2 - PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA 20

5.1.3 - PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA 20

5.1.4 - PRINCÍPIO DA CONDIÇÃO PECULIAR DE PESSOAS EM DESENVOLVIMENTO 20

5.1.5 - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE 21

5.2 - A PROTEÇÃO INTEGRAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL 21

5.3 - A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E A MAIORIDADE PENAL 21

6 - INIMPUTABILIDADE NÃO É IMPUNIDADE 22

6.1 - ESPÉCIES DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS 22

6.1.1 - ADVERTÊNCIA 23

6.1.2 - OBRIGAÇÃO DE REPARAR O DANO 23

6.1.3 - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE 23

6.1.4 - LIBERDADE ASSISTIDA 23

6.15 - SEMILIBERDADE 23

6.1.6 - INTERNAÇÃO 23

6.1.7 - REMISSÃO 24

6.2 - A VITIMIZAÇÃO COMO CONSEQUÊNCIA DA EXCLUSÃO E AUSÊNCIA DO ESTADO 24

7 - CONSIDERAÇÕES FINAIS 25

REFERÊNCIAS 26

1 - INTRODUÇÃO

No presente trabalho será discutida a possibilidade de redução da maioridade penal no Brasil: os pontos positivos e negativos desta possível mudança; se o ordenamento jurídico brasileiro permite tal alteração; em caso negativo, quais os caminhos viáveis para lidar com os menores infratores e como combater a criminalidade infanto juvenil.

Busca-se estabelecer ainda, parâmetros comparativos entre a história do Direito, a aplicabilidade da legislação penal vigente, os aspectos biopsicossociais e culturais e a necessidade imprescindível de se implantar medidas de prevenção capazes de reverter ou amenizar o quadro da criminalidade atual.

Atualmente a sociedade convive com o aumento da criminalidade e com a sensação de impunidade, onde em inúmeros casos, pessoas que cometeram atos ilícitos conseguem se eximir de responsabilização penal. E maior ainda é a indignação popular com relação aos menores de 18 anos, que estão cada vez mais envolvidos nos mais diversificados tipos de atos infracionais, inclusive análogos aos crimes hediondos, e se beneficiam do fato de serem inimputáveis.

Todavia, inimputabilidade não é sinônimo de impunidade, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabelece medidas que têm finalidade pedagógica, objetivando sempre a reeducação e ressocialização do menor infrator, e tais medidas são aplicadas de acordo com a gravidade do ato, o grau de reprovabilidade da conduta e aspectos pessoais do adolescente, tais como seu comportamento social, antecedentes e personalidade.

Dessa forma, o que se discute neste trabalho é se seria conveniente a redução da maioridade penal tendo por base a Doutrina da Proteção Integral e se isso seria a solução para conter o aumento da violência infanto juvenil. Além disso, é grande a discussão em torno da constitucionalidade de eventual Emenda Constitucional ao artigo 228 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), uma vez que segundo seu artigo 5°, §2°, trata-se de direito individual que é imune à mudança por Emenda, por se tratar de "cláusula pétrea", nos termos do artigo 60, §4°, inciso IV.

A redução da maioridade penal é tema bastante controverso: de um lado, a Doutrina da Proteção Integral adotada pela CRFB/88 e pelo ECA; noutro vértice, o clamor popular por mudança efetiva no ordenamento jurídico, a fim de garantir que, inclusive os menores de idade sejam punidos pela prática de ilícitos.

Dessa forma, o presente trabalho justifica-se como forma de fomentar esse debate, apresentando suporte argumentativo para o aprofundamento da questão que, apesar de ser antiga, está sempre viva principalmente porque se encontra pendente de votação no Congresso Nacional o Projeto de Emenda à Constituição (PEC) n°33/2012, proposta pelo Senador Aloysio Nunes Ferreira, que visa alterar a redação dos artigos 129 e 228 da CRFB/88, acrescentando um parágrafo único para prever a possibilidade de desconsideração da inimputabilidade penal de maiores de dezesseis anos e menores de dezoito em alguns casos.

Portanto, afigura-se necessária reflexão maior sobre as repercussões originadas da eventual aprovação da referida PEC, ou seja, quais seriam os benefícios e malefícios dessa mudança, mas principalmente analisar se após anos de evolução dos direitos da criança e do adolescente, desde o Código de Menores em 1.827 até os dias atuais com a Doutrina da Proteção Integral adotada pelo ordenamento vigente, não seria retrocesso mitigar os direitos fundamentais das crianças e adolescentes uma vez que a CRFB/88 consagrou como dever da família, da sociedade e do Estado, com absoluta prioridade, a salvaguarda dos direitos da criança e do adolescente.

2 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O estudo histórico do Direito da Criança e do Adolescente ocupa hoje destacado espaço na esfera do mundo jurídico com reflexos diretos para a sua compreensão através dos tempos.

Tanto no mundo Ocidental quanto no mundo Oriental antigo, durante a menoridade, os filhos não eram considerados sujeitos de direito e, sim, servos da autoridade paterna. Para os romanos, bem como para os germânicos, o poder patriarcal possuía o mesmo absolutismo. O filho era

propriedade do pai e vivia sob seu poder absoluto como objeto do Direito e jamais como sujeito de Direito. Observarmos que o Direito Romano, na sua evolução, passou a fazer distinção entre menores púberes (menores de 18 anos e menores de 16 anos) e menores impúberes (menores de 16 anos), condizentes, em parte, com a capacidade absoluta e a incapacidade relativa do Direito Civil moderno. Houve diminuição das penas cruéis para o autor do crime de furto e para o crime de dano, quando esse fosse menor impúbere.

Entre os hebreus podemos citar a tentativa de Abraão, que cumprindo ordem divina, submeteu-se a imolar seu filho Isaac.

Para os espartanos, a criança tomou-se objeto de Direito estatal, recebia formação para ser guerreira o que naturalmente resultou na seleção dos fisicamente mais fortes. Os portadores de deficiências eram sacrificados, pois não atendiam às necessidades da cidade-estado.

Conforme versa o artigo 589 do Código de Manu[1], o filho de um brãrnane com uma mulher de baixa categoria era aclamado como cadáver vivo.

Sob a influência do cristianismo encontra-se no Direito medieval a atenuação da severidade de tratamento para com os menores, sem que o dever de respeito e o temor patriarcal fossem minimizados.

Os menores impúberes e os órfãos também obtiveram atenuação dos rigores do Direito islâmico, previsto no Alcorão, 4ª Surata, versículo 8[2]. "Em nome de Deus, o Clemente, o Misericordioso. - Quando os parentes (que não herdeiros diretos), os órfãos e os necessitados estiverem presentes, na partilha da herança, concedei-lhes algo dela e tratai-os humanamente, dirigindo-vos a eles com bondade."

No Direito Canônico, fundamentado na Igreja Católica, Apostólica, Romana, observa-se a preservação do princípio reverencial, como preceito religioso, em que a ideia de pai é associada a obra criadora de Deus, e a sua missão é a de salvaguardar e de dirigir o desenvolvimento de seu filho. O Papa Gregório IX[3] proibiu o abandono da prole com penas corporais e espirituais e com a perda do poder paternal, o que também passou a ser aplicado pelos tribunais leigos a partir dos séculos XIV e XV. A maioridade civil passa a ter o caráter biológico para a sua fixação, tendo sido tomada pelos povos europeus a idade de 25 anos, como parâmetro.

Do Direito Canônico, decorria a diferenciação dos filhos legítimos havidos no casamento e, consequentemente, um tratamento diferenciado, tendo como base a família legítima, sendo que o mesmo não acontecia com os filhos advindos de relações extramatrimoniais. Mais que isso, essa discriminação iníqua tornou-se um legado histórico-cultural que influenciou, negativamente, a ordem jurídica de diferentes povos.

O Direito moderno persistiu na consagração do pátrio poder, ao modo dos romanos cristãos, evidentemente mitigado no curso da evolução dos costumes.

No Brasil colônia as Ordenações do Reino, por volta de 1563, foram aqui aplicadas e refletiram as regras do Concílio de Trento, ficando os filhos adulterinos à margem do direito, para não escandalizar a sociedade piedosa, que ditava as regras de conduta inflexíveis em termos de moral familiar.

Segundo Noronha (2001, p.55):

> Verdadeiramente, foi o Livro V das Ordenações do Rei Felipe II (compiladas, aliás, por Felipe I, e que aquele, em 11-01-1603 mandava fossem observadas) o nosso primeiro Código Penal. São as Ordenações Filipinas. É o Código Filipino. Certo é que, naquela época em que o Brasil foi descoberto, vigoravam as Ordenações Afonsinas, logo substituídas pelas Manuelinas (1512), que, não obstante o grande prestígio que tiveram, eram revogadas em 14 de fevereiro de 1569 pelo Código de D. Sebastião. Foram, porém, as Filipinas nosso primeiro estatuto, pois os anteriores muito pouca aplicação aqui

1 Segundo uma lenda, *Sarasvati* foi a primeira mulher, criada por*Brahma* da sua própria substância. Desposou-a depois e do casamento nasceu-*Manu*, o pai da humanidade, a quem se atribui o mais popular código de leis reguladoras da convivência social.*Manu*, progênie de*Brahma*, pode ser considerado como o mais antigo legislador do mundo; a data de promulgação de seu código não é certa, alguns estudiosos calculam que seja aproximadamente entre os anos 1300 e 800 a.C. Redigido em forma poética e imaginosa, as regras no Código de *Manu* são expostas em versos.

2 Disponível em: http://amaivos.uol.com.br/amaivos09/alcorao.asp

3 Para Gregório IX que serviu a Igreja primeiramente como Bispo de Óstia, depois como legado Pontifício na Alemanha, apoiando as ordens franciscanas. Administrou a difícil prática das relações da Igreja com o Império. Possuía sólida preparação jurídica, era flexível na defesa dos direitos da Igreja. Gregório IX concedeu a Universidade de Paris permissão para ler as obras de Aristóteles. Governou a Igreja Católica de 1227 até 1241.

> poderiam ter, devido as condições próprias da terra que ia surgindo para o mundo.

O Livro V. das Ordenações do Rei Filipe II fundamentava-se largamente nos preceitos religiosos. O crime era confundido com o pecado e com a ofensa moral punidos severamente os hereges, feiticeiros e benzedores.

As Ordenações Filipinas, Livro V tinham por filosofia de prevenção criminal o temor infundido pela crueldade do castigo. A pena consistia em reprimenda de dureza e era dosada com requisitos de crueldade. Havia as penas de morte natural - enforcamento simples; a pena de morte natural com crueldade para os delitos mais graves e, ainda, a pena de morte natural com crueldade para sempre - onde o enforcado era dependurado no poste até o apodrecimento e só era recolhido, uma vez por ano pela Confraria da Misericórdia.

As penas menores, tais como, amputação de membros, prisão nas masmorras e galés[4] eram aplicadas também aos delinquentes menores de idade, o que lhes conferia precocemente a responsabilidade penal ao livre arbítrio do julgador. A benevolência concedida em detrimento da menoridade era a execução da pena de morte, a ser aplicada ao menor de 25 anos e a maior de 17 anos - enforcamento simples ou morte natural.

Ao pai, era imputada uma excludente de ilicitude em casos de lesão corporal ou homicídio culposo contra o filho, quando a vítima fosse menor de 15 anos de idade e o fato decorresse do poder doméstico de castigar.

O Direito Penal foi regido pela severidade filipina, durante quase todo o tempo de Colônia, e a lei recepcionada após a proclamação da Independência só foi revogada com o Código Criminal do Império, em 1832, cuja destinação era a punição de adultos, adolescentes e até mesmo crianças. Proclamada a independência, previa a Constituição de 1824, que se elaborasse uma nova legislação penal e D. Pedro I sancionou o novo Código Criminal do Império. O referido código, no seu artigo 10, declarava não criminoso o menor de quatorze anos. Porém, no artigo 13, dizia que se ele tivesse agido com discernimento, podia ser recolhido à casa de correção até a idade de dezessete anos. Já o menor, que contava com quatorze anos e um dia, podia ser condenado à prisão perpétua.

Com o advento da República, foi editado em 11 de outubro de 1890, o Código Criminal da República, logo, alvo de duras críticas pelas falhas que apresentava, decorridas evidentemente, da pressa com que fora elaborado. Apesar de ter sido mal sistematizado, o Código Criminal da República constituiu um avanço na legislação penal da época, uma vez que, além de abolir a pena de morte, instalou o regime penitenciário de caráter correcional.

Para Noronha (2001, p. 173):

> O Código de 1890 continuou apegado ao discernimento. No art. 27, §1°, dispunha não ser criminoso o menor de nove anos, bem como o maior dessa idade e menor de quatorze anos, que tivesse agido sem discernimento (§2°). Tal dispositivo foi derrogado pela Lei n°4.242, de 5 de janeiro de 1921 (artigo 3°, §16). O revogado Código de menores (Decreto n° 17943 - A, de 12/10/1927) também assim prescreveu no seu artigo 68, de modo que a Consolidação das Leis Penais, no art. 27, §1°, soava: Não são criminosos os menores de 14 anos. Ainda o mencionado diploma legal trazia outras alterações: mantinha a inimputabilidade do menor de quatorze anos (artigo. 68), e determinava, no artigo seguinte, que o compreendido entre quatorze e dezoito anos seria submetido a processo especial, podendo ser internado em escola de reforma pelo prazo mínimo de três anos e máximo de dezoito anos - que cometendo crime grave e sendo perigosos, podiam ser punidos com as penas de cumplicidade e da tentativa de cumplicidade; nunca, porém, as cumprindo em companhia de adultos.

Já o Código Penal Republicano, determinava a inimputabilidade absoluta até os 09 anos de idade completos, sendo que os maiores de 09 e menores de 14 anos estariam submetidos a análise do discernimento, critério este que sempre foi um verdadeiro enigma para os aplicadores da lei.

A política criminal do Império pouco se alterou durante a primeira República velha, regime que trouxera tantos avanços em outras áreas, primordialmente nos direitos políticos e eleitorais. A primeira legislação brasileira a tratar do tema, foi a Lei Orçamentária n° 4.242, de 1921, que trazia disposições típicas de um Código de Menores[5], onde definia o abandono, a suspensão, a perda

4 Galés - Antiga embarcação de velas e remos; pena dos criminosos que eram condenados a remar nas galés; indivíduo condenado a trabalhos forçados.

5 Código de Menores - Também conhecido como Código Mello Mattos, foi a primeira lei brasileira sobre a temática do menor, promulgada em

do pátrio poder e determinava a utilização de procedimentos especiais.

Todavia, embora essa legislação tenha sido a primeira sobre o assunto, outros projetos, de autoria de Lopes Trovão (1902) e Alcindo Guanabara (1906 e 1917, este último tratando da Inimputabilidade dos menores entre 12 e 17 anos), estiveram presentes em nosso cenário legislativo.

Após aquela Lei Orçamentária de 1921, o Direito Menorista no Brasil ganhou vulto, passando a ser regulado pelo Código de Menores, de 12 de outubro de 1927, modificado pela Lei 5.228/67, esta última alterada pela Lei 5.539/68, ambas já na vigência do Código Penal de 1940, que limitou a menoridade penal aos 18 anos.O Código de Menores foi criado em 1927 com o objetivo de lidar com as chamadas crianças em situação irregular, conceito que tem uma história antiga no país. Muitas crianças já nasciam irregulares: os que não eram de boa família, que eram abandonados, que viviam nas ruas, os filhos ilegítimos. A sociedade lidou historicamente com esses irregulares de forma filantrópica, marcada, principalmente, pela ação da Igreja Católica através da Roda dos órfãos[6] e pela ausência do Estado e, depois, de forma assistencialista e repressiva.

A Consolidação das Leis Penais realizadas pelo Desembargador Vicente Piragibe, em 1932, passou a ser, de maneira precária, o Estatuto Penal Brasileiro que vigorou até 1940.

O Código Penal de 1940, embora promulgado em dezembro, somente passou a vigorar em 10 de janeiro de 1942, não só para que se pudesse conhecê-lo, como também para que sua vigência pudesse coincidir com o Código de Processo Penal.

Comenta Noronha (2001) que "é o Código obra harmônica soube valer-se das mais modernas ideias doutrinárias e aproveitar o que de aconselhável indicavam as legislações dos últimos anos".

Desde 1940, com a adoção do novo Código Penal, que, até os dias de hoje, encontra-se em vigor, apesar das inúmeras alterações, o legislador adotou o critério puramente biológico, no que concerne a inimputabilidade em face da idade, estabelecendo-a para os menores de 18 anos, traduzindo-se assim, como uma exceção à regra, ou seja, o método biopsicológico, que prevalece no caso das demais espécies de inimputabilidade, previstas naquele Código.

Em 1969, deu-se uma brevíssima vigência de outro Código Penal que, em seu art. 33, estabelecia o retorno do critério biopsicológico, possibilitando a aplicação de pena ao maior de 16 e menor de 18 anos, desde que o mesmo entendesse o caráter ilícito do ato ou tivesse possibilidade de se portar de acordo com este entendimento.

Este Código, todavia, entrou em vigência num dia, perdendo-a no outro, retomando a menoridade penal aos moldes do estabelecido pelo Código Penal de 1940, ou seja, aos 18 anos de idade, sujeitando os menores a legislação especial, hoje, a Lei 8.069/90.

Importante frisar que várias legislações estrangeiras adotam esse limite de idade, tais como Áustria, França, Colômbia, México, Peru, Dinamarca, Finlândia, Noruega, Holanda, Tailândia, Argentina, Cuba, Venezuela, Irã, Turquia, Equador, Luxemburgo e República Dominicana, de acordo com orientação dada pelo Seminário Europeu de Assistência Social das Nações Unidas, realizado em Paris - 1949.

Em 1979, em plena ditadura militar, foi promulgado o Código de Menores, Lei 6697/79, exatamente no Ano Internacional da Criança. A legislação encarava a questão do menor essencialmente como problema de segurança nacional: meninos encontrados na rua, sujos e com roupas rasgadas eram considerados irregulares e encaminhados para instituições de segregação, na ausência total do conceito de direitos fundamentais ou de proteção integral à infância.

1927 sendo que uma nova versão foi sancionada em 1979 e, ambos elegiam os menores como objeto de sua ação, qualificando-os como abandonados, delinquentes ou carentes.

6 A "Roda" era um dispositivo que funcionava desde o Brasil Colônia com a pretensão de preservar a reputação das famílias após o nascimento de filhos bastardos e ilegítimos. Tratava-se de urna cobertura no muro de uma instituição de recolhimento que permitia, a quem estivesse na rua, colocar uma criança sem ser identificada por ninguém. Pensava-se que assim se protegeria a vida dos infantes que não seriam mortos por suas mães na tentativa de ocu1tação da desonra. Na prática a maioria das crianças morria antes de completar um ano de vida, em decorrência de maus-tratos institucionais

A Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, aprofundando a Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, adotou a Convenção sobre os Direitos da Criança, uma carta para as crianças de todo mundo. No seguinte ano, o documento foi oficializado como Lei Internacional e, hoje, a Convenção é ratificada por praticamente todos os países do mundo.

A Convenção da ONU diz coisas simples: que a criança deve ser protegida contra a discriminação e todas as formas de desprezo e exploração; que os governos devem garantir a prevenção de ofensas às crianças e a provisão de assistência para as suas necessidades básicas; que a criança não poderá ser separada de seu ambiente familiar, exceto quando estiver sofrendo maus tratos ou quando a família não zele pelo seu bem-estar; toda criança tem direito à educação, à saúde, que será protegida contra qualquer trabalho que seja nocivo a sua saúde, estabelecendo para isso idade mínima para a admissão em empregos, como também horários e condições de trabalho.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 abrangeu de forma explícita as disposições sobre a infância e a juventude de modo geral. Estabeleceu no seu artigo 7º, XXXIII, combinado com o artigo 227, § 3º, incisos II, III; regras sobre o trabalho e profissionalização, no artigo 14, §1º., inciso II, alínea "*c*"; capacidade eleitoral ativa; assistência social e seguridade social e educação artigos 195, 203, 204, 208, incisos I, IV, e artigo 7º, inciso XXV; bem como *múnus* público de proteção integral, artigo 227, e dever do Estado, garantias democráticas processuais, incentivo oficial à guarda, prevenção contra entorpecentes, defesa contra abuso sexual, estímulo a adoção e isonomia filial determinada também por esse artigo, instituíram cabalmente e de forma definitiva a política nacional de proteção integral da criança e do adolescente, no Brasil.

A Magna Carta, delineou os contornos do novo Direito da Infância e da Adolescência, estabelecendo os seus direitos humanos fundamentais, individuais e sociais, e mesmo metaindividuais/difusos, (coletivos e individuais homogêneos), direitos assim de primeira, de segunda e de terceira gerações.

Em 1990, foi introduzido no país o Estatuto da Criança e do Adolescente, aderindo o legislador à chamada Doutrina da Proteção Integral, no seu artigo 1º, da Lei 8.069/90. É um Estatuto inserido no contexto mundial de uma nova proposta que visa enquadrar crianças e adolescentes como sujeitos de direitos[7].

Para Liberati (1999, p. 13):

> A Lei 8.069/90 revolucionou o Direito Infanto-Juvenil, inovando e adotando a doutrina da proteção integral. Essa nova cisão é baseada nos direitos próprios e especiais das crianças e adolescentes, que, na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, necessitam de proteção diferenciada, especializada e integral.
>
> É integral, primeiro, porque diz a CF em seu art. 227, quando determina e assegura os direitos fundamentais de todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de qualquer tipo; segundo, porque se contrapõe a teoria do "Direito tutelar do menor", adotada pelo Código de Menores revogado (Lei 6.697/70), que considerava as crianças e os adolescentes como objetos de medidas judiciais, quando evidenciada a situação irregular, disciplinada no art. 2º da antiga lei.

Buscou-se resgatar a imensa dívida que nossa sociedade possuía com relação à infanto-adolescência através de uma legislação vocacionada a assegurar proteção vertical e horizontal, ou seja, amparo completo à criança e ao adolescente, sob os aspectos: direito à vida, educação, liberdade, respeito, dignidade, convivência familiar e comunitária, lazer, esporte, profissionalização e proteção ao trabalho e também sua tutela temporal, desde a concepção, atingindo, por tal razão, a saúde e o bem-estar da gestante e da família que integrará.

A proteção integral defendida pelo legislador estatutário opera consequências do ponto de vista estritamente legal, sendo que toda matéria relativa à tutela dos direitos da criança e do adolescente fica concentrada, na medida do possível, no conjunto de normas do Estatuto.

Portanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente é o instrumento legal, voltado para o desenvolvimento da população jovem do país, garantindo a proteção especial àquele segmento considerado pessoal e socialmente mais sensível.

7 A referência às crianças e adolescentes como "sujeitos de direitos", presente no Estatuto da Criança e do Adolescente, expressa a valorizaco da autoria dos direitos e deveres dos sujeitos aos quais a lei se destina, e sobre as quais a lei não é apenas imposta. A expressão "sujeito de direitos" está diretamente articulada ao movimento de conquista dos Direitos Humanos, que se tornou eloquente na modernidade. Assim, a ideia de direitos humanos toma por base o pressuposto de que os indivíduos, por sua própria condição humana, são portadores de direitos universais e inalienáveis que devem ser protegidos de quaisquer violações e arbitrariamente por parte da sociedade ou do Estado.

3 – MAIORIDADE PENAL

A reforma da idade penal no Brasil refere-se aos diferentes esforços, ideias ou iniciativas, visando possíveis mudanças na legislação brasileira sobre a penalização de menores de 18 anos, especialmente no que diz respeito à possível redução da maioridade penal.

Existe reinsurgência da pregação punitiva, mediante o agravamento das penas e a redução da maioridade penal, gerada pela deterioração do tecido social, pela crescente onda de crimes, narcotráfico, pela violência urbana e pela ineficiência do aparelho policial, para enfrentar todas as situações.

Diante dessa má administração dos mecanismos da criminalização e da penalização, com o objetivo de alcançar maior eficiência no combate à escalada da criminalidade, as instituições públicas repressivas acabam alterando seus mecanismos de controle e prevenção de delitos, seja pelo agravamento das penas, seja tirando do processo de persecução criminal as garantias investigatórias e processuais incluídas na pauta constitucional dos direitos fundamentais do homem.

3.1 - ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

No ordenamento jurídico brasileiro vigente a maioridade penal se dá quando o indivíduo completa dezoito anos de idade. Essa norma se encontra expressa em três diplomas legais, são eles: o artigo 27 do Código Penal (CP); o artigo 104, caput do ECA; e artigo 228 da CRFB/88.

O legislador partiu do pressuposto que pessoa menor de 18 anos não possui desenvolvimento mental completo e, portanto, não é capaz de compreender o caráter ilícito de seus atos, ou determinar-se de acordo com esse entendimento. Adotou-se o sistema biológico para apuração da imputabilidade penal, o que consiste tão-somente na idade do agente, independentemente da sua capacidade psíquica. Para a fixação desse critério não foi levado em consideração a evolução da sociedade neste último século, o que resultou no entendimento defendido por alguns doutrinadores que o melhor sistema para apurar a imputabilidade penal seria o biopsicológico, uma vez que analisaria o caso concreto para apurar o discernimento da criança ou adolescente envolvido em um ato ilícito, ao argumento de que a capacidade de discernimento de um jovem que tem acesso a todas as informações globalizadas é diferente de outro que vive no interior, zonas rurais ou mesmo em pequenas cidades do norte e nordeste do país.

Acontece que hoje nos deparamos com aumento assustador do número de adolescentes envolvidos em atos infracionais, que não se limitam ao cometimento de pequenos ilícitos, cada vez mais menores estão envolvidos em atos infracionais análogos a crimes hediondos, como homicídio qualificado, tráfico de entorpecentes, estupro, extorsão mediante sequestro, latrocínio etc.

Devido a isso, muito se tem discutido sobre a redução da maioridade penal no Brasil, principalmente em ano de eleição onde muitos candidatos prometem a "sonhada" redução da maioridade penal, tendo em vista que, muitos dos delitos que apavoram nossa sociedade são praticados por menores de dezoito anos, considerados penalmente inimputáveis.

As opiniões públicas são divergentes quanto à redução ou não da maioridade penal, colocando, assim, esta questão constantemente em debate, tornando o mesmo sempre atual.

Entre os adeptos da corrente que é contrária à redução da imputabilidade penal argumenta-se, em primeiro lugar, que a redução da maioridade penal não afastará as crianças e adolescente da criminalidade, uma vez que crianças e adolescentes cada vez mais jovens seriam recrutadas para prática de atos ilícitos, já que diversos fatores da marginalização os levam a isso; deve-se solucionar a causa do aumento da criminalidade infanto juvenil e não remediá-la, pois a nascente do problema continuaria levando mais jovens a cometerem atos infracionais; haveria consequente inclusão das crianças e adolescentes infratores na vala comum do sistema penitenciário, e tal medida não diminuiria a criminalidade, uma vez que estudos estatísticos já apontaram que a previsão abstrata da punição não cumpre sua função intimidadora, isso porque é notório que as penitenciárias não se mostram eficientes para coibir a prática de crimes pelos adultos. Além disso, crianças e adolescentes ainda estão em fase de formação de caráter e são facilmente influenciados, e um sistema penitenciário inadequado as suas necessidades tornaria impossível sua ressocialização, pelo

contrário. Importante destacar que os presídios brasileiros estão superlotados, e em sua grande maioria, são incapazes de recuperar alguém.

Outro argumento utilizado é que com a redução da maioridade penal, os adultos que se utilizam de crianças e adolescentes como *longa manus* para prática de crimes, recrutariam

crianças e adolescentes cada vez novos, conduzindo-os mais cedo para o mundo do crime, assim isso não resolveria o problema da violência, que tem como grandes causas a fome, a miséria, falta de escolaridade, o envolvimento com drogas ilícitas, além de outras.

Ainda, como justificativa maior, não seria possível a alteração da imputabilidade penal, uma vez que o artigo 27 do CP bem como o artigo 104 do ECA são abarcados pela CRFB/88 em seu artigo 228, que é considerado direito e garantia fundamental, e sendo assim, tem status de cláusula pétrea, o que será melhor discutido no próximo tópico. Sendo contrária, ainda, à Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente da Organização das Nações Unidas (ONU) e a Declaração Internacional dos Direitos da Criança, tratados estes ratificados pelo Brasil.

A questão, portanto, não é simplesmente reduzir a maioridade penal, mas sim discutir o processo de execução das medidas aplicadas aos menores, que é falho, as medidas para casos de atos infracionais existem só não são cumpridas adequadamente pelo Estado, que é o maior responsável pelo crescimento da criminalidade entre crianças e adolescente já que não cumpre as políticas sociais básicas.

No Brasil qualquer adolescente, a partir dos 12 (doze) anos, pode ser responsabilizado pelo cometimento de um ato contra a lei, portanto inimputabilidade não quer dizer impunidade. O adolescente apenas recebe tratamento diferenciado, não porque não sabe o que está fazendo, mas sim pela sua condição especial de pessoa ainda em desenvolvimento, e é por isso que o objetivo da medida socioeducativa não é puni-lo pelos erros que cometeu, e sim prepará-lo para uma vida adulta e ajudá-lo a recomeçar.

Por outro lado, grande parte da população brasileira, talvez a grande maioria, defende a redução da maioridade penal, pois para os adeptos desta corrente, há que se considerar que com a evolução da sociedade o jovem atual não é mais aquele ingênuo e desinformado de meados do Século XX. Já que diversas transformações de ordem política, tecnológica, social, e o acesso cada vez mais fácil à informação fazem com que os jovens estejam mais bem informados que muitos adultos, por isso consideram que não há espaço para a ingenuidade.

Dessa forma, os jovens precisam ser encarados como pessoas capazes de entender as consequências de seus atos, e devem se submeter às sanções de ordem penal uma vez que possuem plena capacidade de discernimento, sabem e conseguem determinar-se de acordo com esse entendimento.

O entendimento de Jorge (*apud* REALE, 2002), lê-se que:

> Tendo o agente ciência de sua impunidade, está dando justo motivo à imperiosa mudança na idade limite da imputabilidade penal, que deve efetivamente começar aos dezesseis anos, inclusive, devido à precocidade da consciência delitual resultante dos acelerados processos de comunicação que caracterizam nosso tempo.

Assim, além de terem plena convicção de que o ato que praticam é criminoso, os menores utilizam-se, conscientemente, da menoridade para praticar atos infracionais uma vez que estão certos da impunidade.

Neste sentido Araújo (p.1, 2003):

> A insignificância da punição, certamente, pode trazer consigo o sentimento de que "o crime compensa", pois leva o indivíduo a raciocinar da seguinte forma: "É mais vantajoso para eu praticar esta conduta criminosa lucrativa, pois, se eu for descoberto, se eu for preso, se eu for processado, se eu for condenado, ainda assim, o máximo que poderei sofrer é uma medida socioeducativa. Logo, vale a pena correr o risco". Trata-se, claro, de criação hipotética, mas não se pode negar que é perfeitamente plausível.

Outro argumento favorável a essa mudança é o de que o legislador/constituinte reconheceu aos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos capacidade eleitoral ativa, conforme disposto no artigo 14, §1°, inciso II, aliena "c", da CRFB/88 e esta deveria ser responsabilidade conferida somente a quem possui elevado grau de maturidade.

A fim de subsidiar esse ponto de vista, novamente cite-se o entendimento de Jorge (*apud* REALE, 2002):

> No Brasil, especialmente, há um outro motivo determinante, que é a extensão do direito ao voto, embora facultativo aos menores entre dezesseis e dezoito anos, como decidiu a Assembleia Nacional Constituinte para gáudio de ilustre senador que sempre cultiva o seu 'progressismo'. Aliás, não se compreende que possa exercer o direito de voto quem, nos termos da lei vigente, não seria imputável pela prática de delito eleitoral.

Destarte, se por um lado a Constituição Federal de 1988 trata o menor de dezoito e maior de dezesseis anos como inimputável, por outro, permite este mesmo menor de exercer o direito ao voto.

Segundo essa corrente, é imprescindível revisão da norma constitucional relativa à maioridade penal, já que a violência envolvendo menores de dezoito anos tem aumentado.

Ainda assim, mesmo que a maioridade penal não seja reduzida, existem outras propostas que permitem que seja alterado o tempo de internação em casos específicos para além dos três anos.

Os argumentos acima apontados são os que surgem com maior frequência quando a discussão é a redução da maioridade penal, e seja qual for o posicionamento, é inegável o crescimento da criminalidade e marginalização do menor no Brasil.

Mas certo é que, sendo ou não reduzida a maioridade penal, deve-se "atacar" as causas da criminalização juvenil e não os seus efeitos, já que adolescentes marginalizados não surgem por mero acaso, eles são consequência de um Estado de injustiça social que causa e agrava a pobreza em que vive ou muitas vezes apenas sobrevive grande parte da população brasileira.

Assim, a marginalidade é prática moldada pelas condições sociais e históricas em que os homens vivem e reduzir a maioridade penal é "mascarar" o problema, já que é mais fácil para o Estado prender do que educar as crianças e adolescentes.

Com efeito, o emprego do direito penal como forma de conter a criminalidade, não se buscando sistemas e soluções de prevenção e inserção social do adolescente, não resolverá o aumento da criminalidade praticada por jovens.

3.2 - A MAIORIDADE PENAL NO MUNDO

O argumento da universalidade da punição legal aos menores de 18 anos, além de precário como justificativa, é empiricamente falso. São minoria os países que definem como adulto os menores de 18 anos e a maior parte destes é composta de países que não asseguram os direitos básicos de cidadania aos seus jovens e muitos deles são considerados pela ONU como de médio ou baixo índice de desenvolvimento humano (IDH), com exceção de Estados Unidos da América e Inglaterra.

Nos países desenvolvidos, pode fazer algum sentido argumentar que a sociedade deu aos jovens o mínimo necessário e, com base nesse pressuposto, responsabilizar individualmente os que transgridem a lei. Por outro lado, no Brasil esse pressuposto é totalmente falso, uma vez que é quase insignificante, dentre os menores que cumprem medidas socioeducativas, aqueles que concluíram o ensino fundamental. É imoral querer equiparar a legislação penal juvenil brasileira à inglesa ou norte-americana, esquecendo-se da qualidade de vida que os jovens desfrutam naqueles países. Que o Estado brasileiro assegure primeiro as mesmas condições e depois, quem sabe, terá algum parâmetro para falar em responsabilidade individual e em alterar a Lei.

Em 54 países que houve a redução da maioridade penal não se registrou redução da violência. E dentre estes, a Espanha e a Alemanha voltaram atrás na decisão de criminalizar menores de 18 anos, e voltaram a idade penal mínima para 18 anos. Atualmente 70% dos países estabelecem 18 anos como idade penal mínima.

Além disso, no Brasil não existe política penitenciária, nem intenção de recuperar os detentos, e o índice de reincidência em nossas prisões é de 70%. Enquanto no sistema socioeducativo, o índice de reincidência é de 20%, o que indica que 80% dos menores infratores são recuperados.

4 - A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Além dos argumentos favoráveis e contrários à redução da maioridade penal expostos no tópico anterior, e as diversas consequências que se têm analisado sobre esta mudança, encontra-se a

discussão em torno da natureza jurídica de cláusula pétrea ou não do art. 228[8] da CRFB/88, o que poderia impossibilitar tal alteração, devido ao disposto no art. 60, § 4º, IV[9] da CRFB/88.

Não há discordância quanto ao aspecto constitucional da imputabilidade penal, mas há divergência quanto à possibilidade de alteração do referido artigo para reduzir a maioridade penal, por meio de Emenda Constitucional, uma vez que para alguns doutrinadores e juristas o referido artigo tem status de *cláusula pétrea,* pois se trata de direito e garantia individual da criança e do adolescente, que segundo disposto no art. 60, §4º, inc. IV, da CRFB/88, não pode ser abolida por proposta de emenda.

Sobre as *cláusulas pétreas* Fernandes (*apud* MENDES, 2013) diz que elas "fundamentam uma superioridade do poder constituinte originário sobre o de reforma", portanto somente o poder constituinte originário seria capaz reduzir direitos e garantias individuais. Apesar do art. 228 da CRFB/88 não ser expressamente uma das chamadas *cláusulas pétreas,*Fernandes (2013, p. 148) assim explicou sobre a polêmica do conteúdo destas normas protegidas:

> Quanto ao conteúdo das cláusulas pétreas, ainda há polêmica em se definir se, além dos direitos individuais (expressamente determinados no art. 60, §4º), também haveria igual proteção aos outros direitos fundamentais. Inicialmente devemos observar que o STF vem entendendo que as limitações materiais do art. 60 §4º IV não são apenas direitos individuais previstos no art. 5º, mas alcançam outros direitos fundamentais individuais alocados na Constituição (no percorrer da Constituição).

Com base nesse entendimento há uma corrente que defende a impossibilidade da redução da maioridade penal, por se tratar de cláusulas constitucionais intocáveis, esse é o entendimento adotado por Soares (*apud* SARAIVA, 2010):

> Esta tese, do rebaixamento da idade, em princípio, convence-se, faz-se inconstitucional, pois o direito insculpido no art. 228 da CF (que fixa em 18 anos a idade de responsabilidade penal) se constitui em cláusula pétrea, pois é inegável seu conteúdo de "direito e garantia individual", referido no art. 60, IV da CF como insusceptível de emenda. Demais, a pretensão de redução viola o disposto no art. 41 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, onde está implícito que os signatários não tornarão mais gravosa a lei interna de seus países. O texto da Convenção se faz Lei interna de caráter constitucional à luz do parágrafo segundo do art. 5º da CF.23.

Devido a este entendimento, a PEC 33/2012[10], que visa reduzir a maioridade penal, foi rejeitada pela Comissão do Senado no dia 19 de fevereiro de 2013.

Mas, em sentido oposto, há quem se posicione no sentido de entender que o referido art. 228 não é *cláusula pétrea* e, por esta razão, pode ser objeto de Emenda Constitucional que vise reduzir a maioridade penal.

Este é o entendimento adotado por Greco (2012, p. 86):

> Apesar da inserção no texto de nossa Constituição Federal referente à maioridade penal, tal fato não impede, caso haja vontade política para tanto, de ser levada a efeito sua redução, uma vez que o mencionado art. 228 não se encontra entre aquelas consideradas irreformáveis, uma vez que não se amolda ao rol das cláusulas pétreas elencadas nos incisos I a IV do §4º do art. 60 da Carta Magna.

O artigo 228 da CRFB/88 dispõe que "são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial", e assim, fazendo comparação entre este artigo e o artigo 5º, inc. XLVII, CRFB/88, que dispõe que "não haverá penas: de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, inc. XIX; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; cruéis", nota-se que o artigo 228 garante inimputabilidade ao adolescente assim como o artigo 5º, inc. XLVII garante a todos os cidadãos a não-aplicação das penas de morte, perpétua, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis. Com efeito, se os direitos garantidos pelo art. 5º são direitos fundamentais dos cidadãos e não podem ser abolidos, o art. 228 também institui um direito fundamental das crianças e adoles-

8 Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

9 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
IV - os direitos e garantias individuais.

10 Altera a redação dos arts. 129 e 228 da Constituição Federal, acrescentando um parágrafo único para prever a possibilidade de desconsideração da inimputabilidade penal de maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos por lei complementar.

centes, e como tal também não pode ser abolido ou mitigado. Deste modo, tanto esta garantia quanto aquelas são cláusulas pétreas, garantidas pelo § 4º, do artigo 60 da CRFB/88.

Além da questão relacionada à constitucionalidade da redução da maioridade penal pelo fato de ser ou não cláusula pétrea, outro ponto a ser discutido quando à constitucionalidade dessa mudança é a Doutrina da Proteção Integral adotada pelo nosso ordenamento jurídico, pois uma vez que a mesma foi adotada pela CRFB/88 (art. 227), atingi-la seria também uma forma de inconstitucionalidade. Mas este ponto será melhor discutido no próximo tópico.

5 - A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL COMO PARADIGMA

O Brasil passava por momento histórico peculiar, uma vez que saía de regime militar ditatorial, que durou mais de duas décadas e impôs à população uma série de restrições aos direitos individuais, sociais e políticos. Era, portanto, o início de nova etapa da democracia brasileira, com a retomada de projetos, fazendo-se necessária a elaboração de nova Constituição que desse contorno de resgate dos direitos e participação popular.

Nada mais oportuno que se consignasse na nova Carta em elaboração, todos os programas para reconstrução de sociedade livre, justa e solidária, numa república que teria como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Faz parte também desse momento histórico a luta de minorias e grupos até então marginalizados e tolhidos do acesso ao processo decisório e de asseguramento de garantias.

Rompendo então paradigmas anteriores, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inaugurou-se nova fase no Direito da Criança e do Adolescente, marcado por projeto humanístico, adotando-se a Doutrina da Proteção Integral. Referida doutrina é contraposição à Doutrina da Situação Irregular, que era própria do Código de Menores que vigorava anteriormente.

No âmbito constitucional, as disposições encontram-se, portanto, no art. 227, quando impõem à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Quase dois anos após da promulgação da CRFB/88, a Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), também seguiu na mesma esteira, trazendo importantes avanços em relação à legislação anterior que tratava da matéria. Nesse sentido, o art. 3º do ECA[11] dispõe que:

> A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Todos os estudos sobre o Direito da Criança e do Adolescente ressaltam a virada trazida pela Doutrina da Proteção Integral como marco inaugural de nova fase que substitui a etapa tutelar e traz importantes novidades à matéria.

5.1 - PRINCÍPIOS NORTEADORES DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Os princípios que orientam a Doutrina da Proteção estão previstos no art. 227 da CRFB/88, cuja disposição é reproduzida no art. 4º do ECA[12]:

> Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
>
> Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de

11 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

12 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

> atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Diante do dispositivo acima transcrito é possível identificar os princípios norteadores da Doutrina da Proteção Integral, conforme abordado nos tópicos subsequentes.

5.1.2 - PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Assegura que a família, a sociedade e o Estado são igualmente responsáveis pelas crianças e adolescentes, ou seja, a todos estes foi dada parcela da responsabilidade quanto à efetivação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes. Tal obrigação é confiada primeiramente à família, pois decorre da consanguinidade, bem como pelo fato de ser o ambiente familiar o primeiro contato que as pessoas têm com a vida social. Além disso, a família por ser o laço mais próximo, está mais apta a identificar e entender as necessidades, as deficiências e as potencialidades da criança, podendo, assim, reunir melhores condições de protegê-la.

Com relação ao adolescente, é também na família onde ele mais se manifesta. Assim, a família é juridicamente responsável pela criança e adolescente, sendo, de igual modo, responsáveis a comunidade e a sociedade. Portanto, caso a família seja omissa em relação às suas obrigações, poderá causar danos significativos à criança e ao adolescente e a todos que de alguma forma podem sofrer com os males de possível desajuste psicológico e social.

A comunidade e a sociedade são apontadas como corresponsáveis pela efetivação dos direitos infanto juvenis, uma vez que ambas podem mais facilmente identificar quais os direitos as crianças e os adolescentes estão sendo assegurados ou violados. Cabe observar, ainda, que a sociedade é quem recebe os benefícios imediatos do tratamento dispensado à criança e ao adolescente, sendo também imediatamente prejudicada quando eles adotam comportamentos desajustados, especialmente quando praticam atos infracionais.

Com relação ao Poder Público, o Estatuto refere-se ao Estado em todas as suas esferas, quer seja em âmbito federal, estadual ou municipal, vale dizer que todos os setores públicos são obrigados a adotar providências no sentido de que crianças e adolescentes tenham acesso a seus direitos, recebendo a proteção necessária, para que se combata as causas de pobreza, marginalização e que se promova a sua integração social.

5.1.3 - PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA

Os interesses de crianças e adolescentes devem ocupar o primeiro lugar na escala de realizações do mundo adulto. Antecedem quaisquer interesses previstos em lei. Os governantes devem dar preferência às suas necessidades, impondo-se a celeridade das realizações, tendo em vista a rapidez das transformações que lhe são próprias, pois é direito constitucional que lhes foi dado por serem pessoas especiais, e de suma importância para o futuro da nação.

5.1.4 - PRINCÍPIO DA CONDIÇÃO PECULIAR DE PESSOAS EM DESENVOLVIMENTO

Significa que todas as crianças e adolescentes são sujeitos de direitos fundamentais, devendo receber proteção especial. Por se encontrarem na condição de pessoa humana em desenvolvimento têm tratamento diferenciado. Essa característica significa que ainda estão em construção de caráter, ou seja, são pessoas que não estão com sua personalidade formada.

A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.

Tal condição ostentada por essas pessoas especiais, significa que os atributos de sua personalidade infanto juvenil têm conteúdo distinto dos da personalidade adulta. Dessa forma, são mais vulneráveis, necessitando de sistema especial que os protejam, visto que ainda não desenvolveram completamente sua personalidade, suas potencialidades humanas não amadureceram, estão em condição menos favorável para defender seus direitos, é a parte mais sensível nas relações jurídicas.

5.1.5 - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Verifica-se que tal princípio deriva dos documentos internacionais que foram incorporados ao texto constitucional e ao Estatuto, pois, dar-se-á preferência à criança quando houver conflito de interesse entre ela e um adulto. Ou seja, os interesses dessas pessoas em peculiar condição de desenvolvimento devem prevalecer sobre qualquer outro interesse, quando seu destino estiver em discussão. Destarte, em todas as esferas de atuação deve-se dar preferência aos direitos da população infanto juvenil. Nesse sentido, caso haja conflito entre essa categoria especial de pessoa e a família, deve-se observar o que melhor convém à criança, não somente nesta hipótese como também, em caso de divórcio, adoção, ou em outra situação que envolva o bem-estar infanto juvenil.

Esses princípios constituem-se em instrumentos de garantia da proteção integral, pois, foram incorporados pela Lei 8.069/90, que concretizou o disposto no art. 227 da Constituição Federal, abraçando a Doutrina da Proteção Integral.

5.2 - A PROTEÇÃO INTEGRAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Proteção Integral é direito fundamental compreendido como aqueles naturais e inalienáveis dos indivíduos, que são incorporados na ordem constitucional e que cumprem quatro funções: a) defesa da pessoa humana e de sua dignidade perante os poderes do Estado; b) direito a prestações (obter algo do Estado); c) proteção perante terceiros e, d) não discriminação.

Essa fundamentalidade apresenta um primeiro direcionamento aos direitos individuais que cada criança e adolescente é titular, presentes no art. 227 da Constituição da República, conforme será melhor discutido no próximo tópico, mas também classificação como direito fundamental social, segundo o que dispõe o art. 6º da CRFB/88, quando afirma que são direitos sociais, entre outros, a proteção à maternidade e à infância. Isso significa dizer que possui exigibilidade em relação ao Estado e à sociedade, como consectário das expectativas de cidadania infanto juvenil, com a consequente hermenêutica constitucional voltada à concretização das promessas da modernidade.

Além disso, o art. 5º, §2º da CRFB/88, ao dispor que os direitos e garantias expressos na própria Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela

adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil faça parte, recepciona conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, também reconhecendo aqueles implícitos, presentes ou não ao longo do texto constitucional.

Assim sendo, a proteção à infância e à adolescência, e a consequente rigidez do conceito constitucional da menoridade penal, como decorrente da interpretação expressa e tácita dos princípios podem ser considerados direitos fundamentais constantes não só na Constituição, mas também nos tratados internacionais subscritos e ratificados pelo Brasil, e no ordenamento infraconstitucional, como o Estatuto da Criança e dos Adolescente, havendo, portanto, múltipla previsão de sua fundamentalidade.

Entende-se que como toda teoria, a Doutrina da Proteção Integral, após seus mais de vinte anos, merece reparos necessários a fim de que possa se perpetuar e servir de base para novo agir, verdadeiramente voltado ao asseguramento dos direitos das crianças e dos adolescentes.

A Proteção Integral, como direito fundamental, depende assim de hermenêutica capaz de colocá-la como prioritária na agenda dos poderes públicos. Isso não se faz pela faculdade ou pela discricionariedade, mas sim pelo seu caráter coercitivo que pauta as ações públicas. A interpretação parte dos mandamentos constitucionais para os seus destinatários, de forma que toda teoria ou prática que não se conformar com essa lógica, seja inconstitucional.

Portanto, conclui-se que a Doutrina da Proteção Integral é, enquanto direito fundamental, o núcleo irredutível de defesa dos direitos e garantias das crianças e adolescentes brasileiros contra todas as formas de violência, que exige do poder público e da sociedade em geral, ações concretas de mudança de realidade.

5.3 - A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E A MAIORIDADE PENAL

Podemos afirmar até aqui, que a menoridade penal é muito mais do que um simples marco cronológico ou idade na vida de um indivíduo, re-

presenta, antes de tudo, conceito que reúne em si a forma como a sociedade se relaciona com as pessoas mais jovens que violaram normas estipuladas por este mesmo grupo.

Ela não é, portanto, apenas um momento, uma etapa, uma data alterável mediante arranjo parlamentar ou ao gosto da política criminal, mas sim a expressão de construção elaborada pelo tecido social, com poder para tanto, que agrupa ideologias, preconceitos,

concepções filosóficas, religiosas, econômicas, entre outras e que lida com um dos direitos mais sagrados do ser humano e do adolescente que é a sua liberdade.

A Doutrina da Proteção Integral conforme Silva (*apud* RAMIDOFF, 2012) é núcleo irredutível de "liberdades substanciais e dos consectários de suas expressões à volta do qual se reúnem os direitos individuais e as garantias, ambos de cunho fundamental, que possibilitam a construção e a manutenção dos direitos humanos da criança e do adolescente", portanto o norte de tal doutrina é a promoção intransigente da proteção aos mais jovens.

Compreende-se que entre os equívocos decorrentes da não recepção da atual Doutrina, três podem ser de plano apontados e vale repetir: a ideia de se reduzir a idade para imputação penal, a interpretação equivocada da responsabilização socioeducativa e a não implementação das políticas públicas que conduzem à proteção integral, ante a omissão do poder público.

As tentativas constantes de se reduzir a idade para imputação penal se constituem, sem dúvida, a pretensão mais almejada para determinados setores sociais e econômicos, como resposta a suposto aumento da criminalidade alardeada pelos meios de comunicação. Debate democrático e lúcido, entretanto, facilmente demonstra todos os argumentos, dada sua fragilidade em acreditar na solução penal para os problemas sociais e o recrudescimento do sistema repressivo como saída para o aumento dos atos tipificados criminalmente, sendo que esta antiga receita já foi comprovadamente tida como ineficaz.

6 - INIMPUTABILIDADE NÃO É IMPUNIDADE

Necessário se faz distinguir a imputabilidade da impunidade, pois, embora estas palavras serem tratadas por muitos como sinônimos, possuem significado muito distintos.

A inimputabilidade, é uma causa de exclusão da responsabilidade penal, e não significa irresponsabilidade pessoal ou social.

Enquanto a palavra "impune", significa que o indivíduo escapou de punição que lhe era devida.

Muitas pessoas tendem a pensar que os menores de 18 anos podem praticar qualquer ato infracional, desde o mais brando ao mais grave e não ser-lhe-á aplicada qualquer tipo de medida para responsabilizá-los pelo que fizeram, e por isso gera na população sentimento de impunidade.

Sim, o menor de 18 anos é penalmente inimputável, e a ele não é aplicada qualquer sanção penal, mas por outro lado, são aplicadas medidas socioeducativas, previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, que podem ser desde advertência até a internação em estabelecimento adequado.

Portanto, diferentemente do que é falado pela maioria da população, de que os menores podem fazer tudo e não sofrem nenhum tipo de consequência, está completamente em desacordo com o que prescreve nosso ordenamento jurídico, vez que, o ECA prevê e aplica medidas socioeducativas ao menor infrator.

Mas isso não significa que o menor infrator está desamparado de proteção pelo ECA, pois, como já dito, ele está sujeito a diversas medidas como: advertências, obrigação de reparar o dano etc, ou seja, o menor é sujeito de direitos e obrigações frente ao Estatuto.

Dessa forma, a única diferença é que o menor infrator não está sujeito às sanções penais, mas isso não significa que ele seja irresponsável por seus atos, vez que, existe a legislação especial, sujeitando-o à aplicação de medidas socioeducativas, dentre elas, até mesmo a privação da liberdade com a sua internação.

6.1 - ESPÉCIES DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

As medidas socioeducativas previstas pelo legislador são: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, li-

berdade assistida, semiliberdade e internação. E podem ser aplicadas aos adolescentes que têm entre 16 e 21 anos de idade.

6.1.1 - ADVERTÊNCIA

A advertência é a medida socioeducativa que será aplicada, através de admoestação verbal pelo juiz, ao adolescente autor de atos infracionais, perante seus pais ou responsáveis.

A medida será aplicada em audiência e consubstanciada em termo próprio, onde constarão as exigências e orientações que deverão ser cumpridas pelo adolescente, e receberá a assinatura do juiz, do promotor, do adolescente e de seus pais ou responsáveis. São aplicadas para atos infracionais considerados leves.

6.1.2 - OBRIGAÇÃO DE REPARAR DANO

É aquela que visa a reparação, pelo adolescente do dano patrimonial, ou a restituição da coisa, desde que a mesma exista e saiba onde se encontre. Não sendo possível, deverá, por outro meio, compensar o prejuízo.

6.1.3 - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE

Trata-se de medida socioeducativa com prazo máximo de 6 meses, com jornadas semanais de no máximo 8 horas aos sábados, domingos e feriados, visando não prejudicar a frequência escolar do aluno (artigo 117 do ECA). O Estatuto dispõe que em hipótese alguma se admite prestação de trabalho forçado. O que também se encontra previsto no artigo 5º, XLVII, alínea "c", da CRFB/88.

6.1.4 - LIBERDADE ASSISTIDA

É a liberdade assistida que o Código Penal e a Lei de Execução Penal chamam de liberdade condicional e suspensão condicional da pena, pois, em ambos os casos, não há prisão e o beneficiado fica sob vigilância do Poder Público.

Queiroz (1999, p. 50) define liberdade assistida como:

> A liberdade assistida (ou regime meio aberto) tem por finalidade permitir melhor acompanhamento, auxilio e orientação ao adolescente, acompanhamento este, feito por pessoa designada pelo Juiz. Tem como particularidade o fato de não haver prazo máximo e, sim, prazo mínimo, que é de 6 meses, mas pode ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida mais conveniente, mais ou menos grave. Esta medida não se confunde, entretanto, com a liberdade vigiada, prevista no ECA.

6.1.5 - SEMILIBERDADE

No regime de semiliberdade, é permitido ao adolescente a realização de atividade externa, independente de autorização judicial, conforme versa o artigo 120 do ECA. Uma das características principais é que esta medida não tem prazo determinado, nem pode ser fixado

pelo Juiz, devendo, durante o seu cumprimento, ser avaliado o desempenho do adolescente. Através da avaliação, pode-se determinar a transição para o regime meio aberto, que é a liberdade assistida.

6.1.6 - INTERNAÇÃO

A internação é a modalidade mais gravosa das medidas socioeducativas, por isso deve obedecer aos princípios da brevidade, decretada pelo tempo mais curto possível, dentro do prazo máximo de 3 anos expresso no estatuto, a excepcionalidade, que é a sua adoção como última alternativa, e a condição peculiar da pessoa em desenvolvimento. Conforme os artigos 175 e 185 do ECA, em nenhuma hipótese pode ser cumprida em estabelecimento prisional.

Não pode a internação ser aplicada por prazo determinado, haja vista que seu objetivo e a correção e o tempo necessário pode variar em cada caso, por isso deve ser reavaliada a cada semestre (artigo 121, §§2º e 3º do ECA).

A internação provisória, artigo 183 do ECA, é admitida enquanto o adolescente aguarda julgamento, não podendo durar mais que 45 dias.

Os direitos do adolescente, enquanto estiver internado, estão elencados no art. 123 do ECA, que prevê o de peticionar diretamente a qualquer autoridade, sem advogado, sendo vedada a incomunicabilidade, podendo a visita dos pais ser suspensa pelo juiz, se este julgar ser o melhor para o internado.

Quanto a prescrição das medidas socioeducativas, o ECA não traz previsão expressa sobre o tema, mas a Súmula nº 338 do STJ dispões que a mesma é admitida.

6.1.7 - REMISSÃO

A remissão pode ser concedida pelo Ministério Público, atendendo ao princípio da desjudicialização, não tendo implicações quanto ao reconhecimento ou comprovação da responsabilidade pelo ato infracional.

A remissão, que antecede a representação, tem a faculdade de evitar o processo, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, à personalidade do adolescente e ao grau de participação no evento. O Ministério Público concede, neste ato, o

perdão Ministerial, que deve ser referendado pelo Juiz, ou remetido ao Procurador-Geral para as providências previstas no art. 181, §2º do ECA.

Uma vez o procedimento iniciado para apurar o ato infracional, a remissão somente poderá ser concedida pelo Juiz, que acarretará na suspensão ou extinção do processo. A remissão somente poderá ser concedida pelo juiz antes da sentença com fincas no artigo 188 do ECA.

A natureza das medidas socioeducativas, entretanto, diferem da natureza das sanções criminais comuns destinadas aos imputáveis, pelo especial objetivo educacional de reinserção do jovem no convívio social.

6.2 - A VITIMIZAÇÃO COMO CONSEQUÊNCIA DA EXCLUSÃO E AUSÊNCIA DO ESTADO

Quando às liberdades civis ficam drasticamente comprometidas, em consequência dos cenários peculiares de terceiro mundo, onde prevalecem agudas discriminações sociais e econômicas, o vasto contingente de excluídos é duplamente vitimizado.

Muitos dos menores infratores são gerados em ventres famélicos, corroídos pela doença, pelo álcool e totalmente destituídos de condições necessárias para os embates da existência. São, na verdade, vitimas gritantes, segregados e excluídos pelo poder estatal, crianças magras, desnutridas, sem carinho, conforto, estimulo, que passam o dia a estender a mão à caridade pública.

Noronha relata que (2001, p. 117):

> Que é que se pode esperar dessas crianças que vemos a perambular pelas ruas? (...) a vida, sem dúvida, é-lhes madrasta. Escorraçado quase sempre, sem ter uma palavra de carinho, conforto ou estímulo, vai, então, o menor criando-se e aproximando-se da maioridade, animado por um espírito de revolta, que o faz revelar-se contra os que não o compreendem ou não veem o que ele sofre, ele que outra culpa não tem a não ser a de ter vindo a um mundo sem que pedisse. (...) Encontra-se o menor nessa fase que é da formação do caráter. E ele amoldável e ajustável, sofrendo, por isso, a influência do ambiente em que vive. E agora, ao invés da mão amiga que o ampare e conduza para viver honesto e útil, é o exemplo do companheiro maior que ira influir sobre ele. Envereda então pelo crime. (...) E agora um ladrão, um viciado e um corrupto, estando a penitenciaria a sua espera.

Muitos dos menores infratores já sofrendo na origem, a indigência econômica e a orfandade social, são vítimas do processo de criminalização sumário e seletivo, que os transforma em autêntico grupo de risco nas ações policiais. Observamos a repressão ideologizada, que atinge diretamente as camadas desfavorecidas da população. Os vitimizados são os moradores das favelas, dos morros e da periferia urbana, que passam a ser vistos sob permanente suspeição, tornando-se clientela preferencial da cotidiana violência policial.

Os clamores e as reações extremas, nessa hora, impõem-se a assinalar mais do que restringir o debate sobre a segurança pública, no que diz respeito à legislação penal, camuflando as reais dimensões do problema da criminalidade no Brasil.

As maiorias esmagadoras dos adolescentes infratores nascem e crescem no seio de famílias desestruturadas e com afetividade esfacelada pela falta de suprimento e de necessidades vitais. Não por coincidência, são negros, despossuídos e oriundos de comunidades onde a tônica é a

completa ausência do Estado e de serviços públicos confiáveis, notadamente nas áreas da saúde, do lazer e da educação.

Observa-se, então, a vitimização do menor infrator, que buscam na mais tenra idade a autoridade das gangues do narcotráfico, que os aliciam e os educam para o crime e para a violência. Existe apelo pela sensação de ganho fácil, de poder que a arma de fogo lhes oferece, proporcionando-lhes processo de marginalização prematura. E na verdade resposta retaliativa e perversa contra a sociedade e contra o poder estatal, que os abandonaram.

Finalmente, como resultado dessa barbarização humana, o adolescente chega ao cárcere, onde se vê despido de suas últimas reservas de personalidade e laços sociais. Diante deste quadro, tudo pode acontecer e efetivamente acontece, menos a incolumidade física e moral dos menores infratores, como determina o ECA e a Constituição.

Portanto, se acreditarmos que haverá algum beneficio em termos de pacificação social caso a maioridade penal, atualmente fixada em 18 anos pelo art. 228 da CRFB/88, for reduzida para 16 anos é deixar se influenciar por direito penal simbólico e demagógico, que ataca mais o sentimento de insegurança urbana do que suas causas, desvirtuado para realidade e que não percebe a co-culpabilidade estatal, através da omissão de políticas públicas sérias, a precursora das mazelas da criminalidade.

Trata-se, pois, de ilusionismo penal, a crença de que mudar a lei resolve o problema da criminalidade.

7 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dizer que o menor de idade é inimputável, significa dizer que o mesmo não está sujeito às sanções previstas na legislação penal, o que não é o mesmo que dizer que este está isento de responsabilização e sancionamento. Mas esse aspecto do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que responsabiliza os adolescentes é desconhecido por grande parte da população, o que leva a sensação geral de impunidade, e faz com que, no Brasil, a maior parte da população apoie propostas de redução do marco etário fixado na Constituição Federal de 1988 para a imputabilidade penal.

Todavia, a polêmica em torno da idade ideal para se considerar o jovem imputável se torna infrutífera, vez que a inimputabilidade penal do menor de 18 anos foi elevada ao status de direito fundamental quando foi inscrita na CRFB/88 em seu artigo 228, a qual incorporou a Doutrina da Proteção Integral. E essa mudança revelou-se extremamente benéfica à população infanto juvenil, pois até 1988, não havia, no texto constitucional brasileiro, dispositivo de tamanha magnitude.

Sendo assim, o legislador constituinte originário definiu claramente o limite mínimo e máximo da idade para considerar o jovem responsabilizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que seria do 12 aos 18 anos de idade, sendo que as medidas socioeducativas podem ser aplicadas até 21 anos. Assim, segundo grande parte da doutrina, a imputabilidade penal do adolescente passou a ser direito fundamental do jovem menor de 18 (dezoito) anos.

O fato da inimputabilidade não estar expressa no rol do art. 5º da CRFB/88, demonstra meramente questão de técnica legislativa, vez que o parágrafo segundo deste mesmo artigo, admite que existem outros direitos e garantias individuais espalhados no corpo do texto constitucional, e nos tratados internacionais firmados pelo Brasil, contudo, não é pacífico na doutrina esse entendimento.

No entanto, resta evidente, que o princípio da proteção integral das crianças e adolescentes é cláusula pétrea, e, portanto, não é possível haver nenhuma alteração que vise abolir seus direitos. Ademais, propostas tendentes à redução da idade penal, além de serem inconstitucionais, também ferem tratados e convenções internacionais, dos quais o Brasil faz parte e se comprometeu a cumprir.

Entretanto, em vez de polemizar qual seria a idade penal adequada, o que deveria ser debatido é a ineficiência das políticas públicas oferecidas pelo Estado para atender crianças e adolescentes, bem como a implementação correta do ECA, pois o Brasil está repleto de leis, que infelizmente não são implementadas e aplicadas de fato.

A sociedade também tem sua parcela de culpa, vez que, conforme dispõe do art. 227 da CFRB/88, bem como o art. 4º do ECA, aliada à família são responsáveis pela boa formação das crianças e adolescentes, portanto não podem simplesmente ignorar o problema da violência

infanto juvenil e atribuir toda culpa ao Estado, se eximindo assim de sua responsabilidade. Além disso, não podem, também, se deixar influenciar pelos noticiários sensacionalistas da imprensa, e precisam buscar mais informações sobre a veracidade dos fatos, as causas dessa crescente delinquência juvenil, para assim, assumirem a parcela de responsabilidade que lhes cabe e cobrar dos políticos que seja dada efetiva prioridade aos direitos da criança e do adolescente conforme prevê a CRFB/88 e o ECA.

Somente concedendo às crianças e aos adolescentes, vida digna, educação, saúde, lazer, convívio familiar e social de qualidade, ou seja, direitos fundamentais, é que se poderá, depois, cobrá-los por suas atitudes infracionais, pois assim, teriam consciência de seus direitos e deveres. Pois os marginalizados só possuem a noção de ódio e rancor, uma vez que estão excluídos da sociedade, que os afastam por medo e acreditam que é melhor vê-los encarcerados, pois assim não ofereceriam risco.

Sendo assim, percebe-se que não adianta simplesmente considerar o menor de 18 anos imputável e encarcerá-lo quando este for infrator, faz-se necessário dar a ele mínimo que seja de dignidade e oportunidades, ou toda sociedade pagará alto preço por ignorá-los.

Tendo por base o estudo desenvolvido, acredita-se que é possível ressocializar os adolescentes infratores, porque ainda estão em fase de desenvolvimento, e podem ser moldados pela educação, já que nessa fase eles estarão abertos a mudanças, e podem ser influenciados positivamente. E é por este mesmo motivo que não se devem colocá-los para cumprir pena junto a adultos criminosos, já que também os influenciariam, o que seria muito negativo.

Enfim, muitos são os motivos e argumentos para manter os adolescentes submetidos ao regime do Estatuto da Criança e do Adolescente, e se o embasamento legal não for suficiente, que ao menos o embasamento racional sirva de motivo para não mais se defenderem propostas reducionistas e imediatistas.

Precisa-se romper com a cultura tradicional de combater apenas as consequências, sem atuar nas causas. O ECA abre caminho para que toda a política de atenção à criança e ao adolescente seja transformada, e as medidas socioeducativas por ele preconizadas são instrumentos para tal. Elas precisam ser implantadas e implementadas na sua plenitude, pois são meios realmente eficientes para o controle da criminalidade.

Portanto, há de se corrigir as gravíssimas injustiças sociais, por meio da adoção de políticas educacionais preventivas; capacitação dos Conselhos Tutelares; maior comprometimento do Ministério Público e das Varas da Infância e Juventude; e implementar o ECA, discutindo-o com a sociedade, com prudência e equilíbrio, esquecendo o ilusionismo penal, como a redução da maioridade penal, que não diminuiria a criminalidade e contribuiria para agravar mais a violência.

A educação é, também, onde se demonstra amor às nossas crianças o bastante para não expulsá-las do mundo e abandoná-las a sua própria sorte, e tão pouco arrancar de suas mãos a oportunidade de empreender alguma coisa nova e imprevista, preparando-as, em vez disso, com antecedência, para a tarefa de renovar um mundo comum.

REFERÊNCIAS

ALCORÃO, 4ª Surata, Versículo 8. Disponível em: http://amaivos.uol.com.br/amaivos09/alcorao.asp. Acesso em 15 de outubro de 2014.

ARAÚJO, Kleber Martins. **Pela redução da maioridade penal para os 16 anos**. Disponível em:http://jus.com.br/artigos/4578/pela-reducao-da-maioridade-penal-para-os-16-anos. Acesso: 13 de julho de 2014.

BETTO, Frei. **Todos os países que reduziram a maioridade penal não diminuíram a violência**. Disponível em:http://www.pragmatismopolitico.com.br/2014/04/todos-os-paises-que-reduziram-maioridade-penal-nao-diminuiram-violencia.html.Acesso em 16 de setembro de 2014.

BRASIL, Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 13 de maio de 2014.

_____, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 23 de abril de 2014.

_____, Senado Federal. **Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2012**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106330. Acesso em 13 de fevereiro de 2014.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 5ª Ed. Editora JusPodivm, 2013.

FERRADIN, Mauro. Ato Penal juvenil: **Aplicabilidade dos Princípios e Garantias do Ato Penal**. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado.** 6ª Ed. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2012.

JESUS, Maurício Neves. **Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral**. Campinas: Servanda, 2006.
JORGE, Éder. **Redução da maioridade penal**. Disponível em: http://jus.com.br/artigos/3374/reducao-da-maioridade-penal. Acesso em: 13 de julho de 2014.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MACEDO, Renata Ceschin Melfi de. **O Adolescente Infrator e a Imputabilidade** Penal. 1ª Ed. Editora: Lumen Juris, 2008.

NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza**. Código Penal Comentado.** 8ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PARANÁ. Ministério Público. **Tabela comparativa da idade de responsabilidade penal juvenil e de adultos em diferentes países.** Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=323. Acesso em 28 de outubro de 2014.

QUEIROZ, Ari Ferreira de. **Direito da Criança e do Adolescente**. 5ª ed. Goiânia: Ed. Jurídica,1999.

SILVA, Marcelo Gomes. **Maioridade Penal, uma visão sistêmica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

SOARES, Vacy Ribeiro. **Desconstruindo o mito da impunidade no estatuto da criança e do adolescente.** Disponível em:http://www.revistavox.fadileste.edu.br/download/artigo7.pdf. Acesso em: 12 de março de 2014.

TRIBUNAL DO JÚRI: CONFISSÃO QUALIFICADA RECONHECIDA PELO JUIZ PRESIDENTE AO APLICAR A PENA E A SOBERANIA DOS VEREDITOS

ANA CLÁUDIA LOPES

TRIBUNAL DO JÚRI: CONFISSÃO QUALIFICADA RECONHECIDA PELO JUIZ PRESIDENTE AO APLICAR A PENA E A SOBERANIA DOS VEREDITOS

ANA CLÁUDIA LOPES

RESUMO: No presente artigo, analisa-se a figura da confissão qualificada, tendo como principal foco temático seu impacto no procedimento do Tribunal do Júri, quando da aplicação da pena. Examinando as posições doutrinárias majoritariamente adotadas e as decisões dos órgãos colegiados superiores, busca-se ponderar a respeito do reconhecimento da confissão em sua forma qualificada como circunstância atenuante da pena, tendo em vista decisão do Conselho de Sentença que inadmite as teses defensivas acerca de excludente de ilicitude, culpabilidade e/ou causa de diminuição de pena. Para tanto, serão explorados os elementos que conceituam o ato de confessar e a finalidade do julgamento perante o Tribunal Popular, considerando a soberania de seus veredictos.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal do Júri; Confissão Qualificada; Soberania dos Veredictos; Circunstância Atenuante; Jurisprudência.

ABSTRACT: This article analyzes the figure of the qualified confession, with the main thematic focus being its impact on the procedure of the Jury Trial, when applying the sentence. By examining the doctrinal positions adopted by the majority and the decisions of the higher collegiate bodies, the aim is to consider the recognition of confession in its qualified form as a mitigating circumstance in the sentence, in view of the decision of the Sentencing Council that rejects the defense's arguments about exclusion of illegality, guilt and/or cause for reduction of sentence. To this end, the elements that conceptualize the act of confessing and the purpose of the trial before the People's Court will be explored, considering the sovereignty of its verdicts.

KEYWORDS: Jury Trial; Qualified Confession; Sovereignty of Verdicts; Attenuating Circumstances; Case Law.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO 31

2 - O TRIBUNAL DO JÚRI 31

2.1 - DA ORIGEM DO TRIBUNAL POPULAR 31

2.2 - DA INSTRUÇÃO EM PLENÁRIO 32

2.3 - DO RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO QUALIFICADA 32

3 - A CONFISSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 35

3.1 - DOS ASPECTOS CONCEITUAIS 35

3.2 - DOS ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIS 36

4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS 38

REFERÊNCIAS 39

1 - INTRODUÇÃO

A confissão constitui uma das modalidades de prova na instrução penal, e apresenta significativo efeito no convencimento judicial, embora não deva ser recebida com valor absoluto. De acordo com o artigo 197 do Código de Processo Penal, "o valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância" (BRASIL, 1941).

No entanto, ao confrontar o instituto da confissão qualificada, na qual o acusado admite a prática do fato apenas com o objetivo de alegar tese defensiva de excludente de ilicitude, de culpabilidade ou a fim de fundamentar suposta causa de diminuição de pena, é de se questionar a validade desta "confissão" para configurar a circunstância atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal em julgamentos pelo procedimento do Tribunal do Júri.

Essa reflexão se propõe, inicialmente, a esmiuçar o Tribunal Popular, com a análise de sua origem e seu funcionamento no ordenamento jurídico penal, considerando, principalmente, a soberania de seus veredictos, prevista na própria Constituição Federal de 1988.

Em sequência, busca-se analisar o conceito de confissão, examinando seus elementos contextuais práticos e sua função moral dentro do processo penal, com o fim de pormenorizar a figura da confissão qualificada e demonstrar sua incompatibilidade com as decisões proferidas pelo Conselho de Sentença, tendo em conta decisão dos jurados que rechaça as teses da defesa que fundamentam tal confissão.

Por fim, ponderando-se as teses majoritárias e minoritárias sobre a questão, pretende-se com esse estudo concluir pela inaplicabilidade de circunstância atenuante em razão da confissão qualificada, visto que essa conjuntura viola não somente a decisão dos jurados, mas também a própria soberania dos veredictos.

2 - O TRIBUNAL DO JÚRI

2.1 - DA ORIGEM DO TRIBUNAL POPULAR

O Júri é uma instituição secular que tem origem nas primitivas sociedades humanas. O Tribunal do Júri foi criado a partir da Revolução Francesa em 1789, onde os iluministas Rousseau, Hobbes e Locke defendiam que o fundamento do poder se consubstanciava no pacto social, de forma que, a soberania pertencia ao povo (ANSANELLI JÚNIOR, 2005, p. 71). Logo após, conforme José Frederico Marques (1963, p. 75), o Código de Instrução Criminal da França em seu artigo 350 instituiu a soberania do veredicto, uma vez que se somente se permitia, em caso de recurso, fosse o réu submetido a novo julgamento, mas não reformada a sentença pelos juízes togados.

No Brasil, foi instituído em 1822, época em que o país ainda era colônia de Portugal. Atualmente, essa soberania é reconhecida na Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, XXXVIII, c, determinando que "é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos;" (BRASIL, 1988).

A palavra "Júri" tem origem latina, *jurare*, e significa *"fazer juramento"*, em referência ao juramento prestado pelas pessoas que formarão o tribunal popular. Desde sua criação, vigora o entendimento de que os jurados decidem sobre a condenação ou a absolvição do réu e o juiz, presidente do júri, externa essa decisão, em conformidade com a vontade dos jurados. Assim, o magistrado declara o réu absolvido ou condenado, sempre de acordo com a vontade popular, representada pelos jurados.

É o cidadão, sob juramento, quem decide sobre o crime.

A soberania dos vereditos é a alma do Tribunal Popular, assegurando-lhe o efetivo poder jurisdicional e não somente a prolação de um parecer, passível de rejeição por qualquer magistrado togado. Ser soberano significa atingir a supremacia, o mais alto grau de uma escala, o poder absoluto, acima do qual inexiste outro. Traduzindo-se esse valor para o contexto do veredicto popular, quer-se assegurar seja esta a última voz a decidir o caso, quando apresentado a julgamento no Tribunal do Júri (NUCCI, 2015, p. 387).

2.2 - DA INSTRUÇÃO EM PLENÁRIO

O julgamento pelo Tribunal do Júri, cuja fase se inicia a partir do trânsito em julgado da decisão de pronúncia (art. 422 do CPP), há de ser realizado por sete jurados, escolhidos na forma prevista na legislação processual penal pátria (artigo 425 e seguintes do CPP) que, após a instrução em plenário e apresentação das teses pelo Ministério Público e defesa, decidirão, por maioria (art. 483, §§1° e 2° do CPP), de "acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça" (art. 472 do CPP), acerca do fato em julgamento e sua autoria, mediante respostas "sim" e "não" aos quesitos.

Os quesitos serão elaborados considerando as teses técnica e autodefensiva e votados na ordem prevista no art. 483 do CPP, alterado a partir da reforma do ano de 2008, introduzida pela Lei 11.689/2008.

A par de discussão doutrinária e jurisprudencial, após a votação da materialidade e autoria delitiva, aos jurados deverá ser submetida a votação da ocorrência da prática de crime doloso contra a vida, abarcada aqui a tese defensiva de desclassificação, entendendo ausente o *animus necandi*. Em seguida, será votado o quesito obrigatório, "o jurado absolve o acusado", art. 482, §2° do CPP, que abarca as teses defensivas de exclusão de ilicitude, culpabilidade e supralegais e, obtendo reposta negativa a ele, a seu turno, será submetida a votação eventual causa de diminuição conforme art. 483, §3° do CPP.

Votando "sim" a ocorrência de crime doloso contra a vida, tanto na forma tentada quanto consumada, e "não" aos quesitos de absolvição e/ou causa de diminuição de pena os jurados, juízes soberanos para julgar os fatos, explicitamente, não acolhem as teses defensivas. Nessa toada, rejeitam a confissão qualificada sustentada pelo acusado em seu interrogatório ou pela defesa técnica durante os debates.

2.3 - DO RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO QUALIFICADA

Pois bem, reconhecida pelo Conselho de Sentença a prática do crime doloso contra a vida e a sua autoria, após a votação de todos os quesitos, a aplicação da pena será feita pelo Juiz-Presidente que, deverá observar estritamente o que foi decidido pelos jurados, sob pena de ofensa ao princípio da soberania dos vereditos.

Ocorre que, utilizando do enunciado 545 do Superior Tribunal de Justiça, "quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal", os Tribunais de Justiça Estaduais, em especial a Corte Mineira, vêm entendendo que a atenuante da confissão – art. 62, inciso III, "d" do CP – há de ser aplicada, inclusive, no caso de confissão qualificada, em especial, quando constar da ata de julgamento o pedido para seu reconhecimento (art. 492, inciso I, "b" do CPP).

Nesse diapasão:

> APELAÇÃO CRIMINAL. DELITO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO **JÚRI**. NULIDADE DO JULGAMENTO NÃO RECONHECIDA. ART. 593, INC. III, CPP. ART. 5º, INC. XXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA E DE DECOTE DAS QUALIFICADORAS. DOSIMETRIA DA PENA. PRESERVAÇÃO DA PENA- BASE. CONFISSÃO QUALIFICADA. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. PRECEDENTES DO STJ. Nos termos do art. 593, inc. III, "d", do CPP, apenas se constatada a manifesta contrariedade da decisão proferida pelos Jurados com as provas dos autos, é cabível o provimento do recurso de apelação que pleiteia a anulação da referida decisão. Em razão da limitação devolutiva da matéria a ser discutida no recurso interposto contra decisão do Conselho de Sentença, impedido está o juízo "ad quem" de simplesmente acolher o inconformismo da parte recorrente quanto ao entendimento adotado, sob pena de ofensa ao princípio da soberania dos veredictos. - Para que se configure a legítima defesa, é imprescindível que estejam presentes seus requisitos: agressão injusta, atual ou iminente, uso moderado dos meios e que não haja excesso culposo ou doloso. Agindo o acusado com comprovado excesso empregado em sua conduta e ausente a demonstração de que estava sendo injustamente agredido, inviável é a aplicação da excludente de ilicitude. - Se a pena-base do acusado foi bem dosada, deve ser preservada. - Segundo posicionamento firmado no Superior Tribunal de Justiça, a confissão qualificada, ou seja, aquela em que o réu acrescenta teses defensivas descriminantes ou exculpantes, pode ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inc. III, al. "d", do Código Penal. (Apelação Criminal 1.0000.23.257189-3/001) (MINAS GERAIS, 2024a).
>
> APELAÇÃO CRIMINAL - TRIBUNAL DO **JÚRI** - PRELIMINAR MINISTERIAL DE NÃO CONHECIMENTO

DO RECURSO - REJEIÇÃO - DEFICIÊNCIA NA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO POR FALHA NA INDICAÇÃO DO FUNDAMENTO LEGAL - MERA IRREGULARIDADE - MÉRITO - RECURSO DEFENSIVO - HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO, CORRUPÇÃO DE MENOR E CONSTRANGIMENTO ILEGAL - CASSAÇÃO DO VEREDICTO POPULAR - ALEGAÇÃO DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - INOCORRÊNCIA - JULGAMENTO PROFERIDO COM AMPARO NOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS - DOSIMETRIA - ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PREVISTAS NO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL - REDIMENSIONAMENTO DA REPRIMENDA - NECESSIDADE - **CONFISSÃO** ESPONTÂNEA - INCIDÊNCIA IMPERATIVA EM RELAÇÃO AOS CRIMES DE HOMICÍDIO E CORRUPÇÃO DE MENOR - ADMISSÃO DE CULPA, AINDA QUE NA FORMA **QUALIFICADA** - SÚMULA 545 DO STJ - RECONHECIMENTO DO CONCURSO FORMAL EM DETRIMENTO DO MATERIAL - INVIABILIDADE - REGRAMENTO PREJUDICIAL AO RÉU NO CASO CONCRETO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - Rejeita-se a preliminar de não conhecimento da insurgência ministerial por deficiência no apontamento da hipótese prevista no rol do artigo 593 do Código de Processo Penal, tratando-se de mera irregularidade, sendo imperativo se atentar ao que é apresentado na fundamentação do recurso. - Se o Corpo de Jurados opta por acolher uma das versões sustentadas em plenário e a tese eleita encontra respaldo nos elementos probatórios, não há que se falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos, devendo ser respeitado o preceito constitucional da soberania dos veredictos do Conselho de Sentença, que é o juiz natural da causa. - A análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal deve ser realizada em observância ao princípio da individualização da pena, sendo necessária a reapreciação por esta instância revisora em caso de desproporcionalidade, com a consequente redução da pena-base. - Nos termos da Súmula 545 do STJ, independente de se tratar de **confissão** parcial ou **qualificada**, quando esta for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à **atenuante** prevista no artigo 65, III, 'd' do Código Penal. - Mesmo em se tratando de crimes cometidos mediante única ação ou omissão, inviável a **aplicação** do concurso formal se a pena exceder a que seria cabível pela regra do concurso material, a teor do parágrafo único do artigo 70 do Código Penal. (Apelação Criminal 1.0000.23.315549-8/001) (MINAS GERAIS, 2024b).

APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO TENTADO - LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA - NÃO CONFIGURAÇÃO - CONDENAÇÃO - CONFIRMAÇÃO - PRIVILÉGIO - NÃO CABIMENTO - PENA-BASE - REDUÇÃO - **CONFISSÃO QUALIFICADA** - **ATENUANTE** - RECONHECIMENTO - TENTATIVA - GRAU MÍNIMO - CONFIRMAÇÃO - REGIME ABERTO - POSSIBILIDADE. - Ausente comprovação de que o réu fez uso moderado dos meios necessários ou que houve injusta agressão, atual ou iminente, a ser repelida, não é possível o reconhecimento da legítima defesa putativa. - Amparada a decisão do **Júri** em elementos de prova, deve ser mantido o veredicto popular em virtude da soberania, reconhecida em sede constitucional. - A não demonstração acerca de eventual provocação por parte da vítima e a ocorrência anterior de ameaça a ela afastam o homicídio privilegiado. - Condenações referentes a fatos posteriores não podem ser utilizadas para macular os antecedentes do réu.

Confessado o crime, ainda que seja alegada alguma excludente em benefício do agente, faz ele jus à **aplicação** da **atenuante** prevista no art. 65, inciso III, alínea "d" do Código Penal. - Percorrida grande parcela do iter criminis, justifica-se a redução da pena pela tentativa no patamar mínimo. - Reduzida a reprimenda, é possível a fixação de regime prisional menos gravoso (aberto). (Apelação Criminal 1.0000.23.005499-1/002) (MINAS GERAIS, 2023a).

Não de forma diversa é o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. INTERPOSIÇÃO DE DOIS AGRAVOS REGIMENTAIS. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR POR CONTRAVENÇÃO PENAL DE VIAS DE FATO (ART. 21 DO DECRETO-LEI N. 3.688/1941). AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CONFISSÃO QUALIFICADA. ATENUANTE FIXADA EM FRAÇÃO INFERIOR A 1/6. FUNDAMENTAÇÃO

IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Interpostos dois agravos regimentais pela mesma parte contra a mesma decisão, tem-se configurada, por aplicação do princípio da unirrecorribilidade das decisões judiciais, a preclusão consumativa quanto ao segundo recurso, pelo exaurimento do direito ou pela faculdade de recorrer em virtude do seu integral exercício. 2. A condenação anterior por contravenção penal – no caso, vias de fato (art. 21 da Lei de Contravenções Penais) – não gera reincidência, mas pode ser considerada a título de maus antecedentes. Precedentes. 3. Conforme o entendimento deste Tribunal Superior, "em razão da confissão ter sido qualificada, justificada a redução da pena em fração inferior a 1/6, com a compensação parcial com a agravante da reincidência" (AgRg no AREsp n. 2.284.198/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 14/3/2023, DJe de 17/3/2023). 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Habeas Corpus nº 842478/MS) (BRASIL, 2024a).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AU-

SÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182/STJ. CONCESSÃO DA ORDEM DE HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. ATENUANTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONFISSÃO QUALIFICADA. INCIDÊNCIA INDEPENDENTEMENTE DA UTILIZAÇÃO NA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. 1. A decisão agravada não conheceu do agravo em recurso especial com fundamento na Súmula n. 182/STJ, porquanto não impugnada especificamente a incidência dos óbices apontados pela Corte a quo como razões de decidir para a inadmissão do recurso especial (e-STJ fls. 393/394). Nas razões do regimental (e-STJ fls. 398/414), por sua vez, o agravante deixou de infirmar especificamente os referidos entraves, limitando-se a reiterar o mérito do recurso especial e a alegar, de forma genérica, que rechaçou todos os fundamentos da decisão recorrida e que o reconhecimento da incidência da atenuante genérica da confissão espontânea é matéria que pode ser conhecida de ofício. 2. A falta de impugnação específica dos fundamentos utilizados na decisão agravada (decisão de não conhecimento do agravo em recurso especial) atrai a incidência da Súmula n. 182 desta Corte Superior. 3. Verificada, de ofício, a ocorrência de ilegalidade quanto ao não reconhecimento da incidência da atenuante da confissão espontânea, na segunda fase da dosimetria, revela-se necessária a concessão de habeas corpus quanto a esse aspecto. 4. A jurisprudência desta Corte Superior se consolidou no sentido de que, nos casos em que a confissão do acusado servir como um dos fundamentos para a condenação, a aplicação da atenuante em questão é de rigor, "pouco importando se a confissão foi espontânea ou não, se foi total ou parcial, ou mesmo se foi realizada só na fase policial com posterior retração em juízo" (AgRg no REsp 1412043/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/3/2015, DJE 19/3/2015). A matéria encontra-se sumulada, consoante o enunciado n. 545 desta Corte Superior. 5. A Quinta Turma deste Superior Tribunal, na apreciação do REsp n. 1.972.098/SC, de relatoria do Ministro RIBEIRO DANTAS, julgado em 14/6/2022, DJe 20/6/2022, firmou o entendimento de que o réu fará jus à atenuante da confissão espontânea nas hipóteses em que houver confessado a autoria do crime perante a autoridade, ainda que a confissão não tenha sido utilizada pelo julgador como um dos fundamentos da condenação, e mesmo que seja ela parcial, qualificada, extrajudicial ou retratada. Precedentes. 6. In casu, considerando a existência de confissão qualificada, consoante assentado na sentença condenatória (e-STJ fls. 199/200), deve ser reconhecida a incidência da atenuante genérica. 7. É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal no sentido de que, nas hipóteses de confissão parcial ou qualificada, como na espécie, se admite a incidência da atenuante em patamar inferior a 1/6. Precedentes. 8. Na hipótese vertente, considerando que a confissão realizada pelo recorrente foi qualificada pela tese da legítima defesa e, conforme assentado pelas instâncias de origem, não contribuiu para a elucidação dos fatos, justifica-se a aplicação da benesse na fração de 1/12, devendo, consequentemente, ser parcial a compensação entre essa e a agravante alusiva ao emprego de outro recurso que dificultou a defesa do ofendido, com a preponderância desta sobre aquela. 9. Agravo regimental não conhecido e concedida, de ofício, a ordem de habeas corpus, para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea e realizar a compensação parcial entre essa e a agravante do art. 61, inciso II, alínea "c", do CP, redimensionando a reprimenda definitiva, mantidos os demais termos da condenação. (AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 2442297/SP) (BRASIL, 2024b).

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONFISSÃO QUALIFICADA. FRAÇÃO DE 1/6. MANUTENÇÃO. PAPEL PREPONDERANTE NA CONDENAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que o aumento para cada agravante ou de diminuição para cada atenuante deve ser realizado em 1/6 da pena-base, ante a ausência de critérios para a definição do patamar pelo legislador ordinário, devendo o aumento superior ou a redução inferior à fração paradigma estar concretamente fundamentado. No caso dos autos, não obstante a confissão do agravado ter sido qualificada, ela teve papel preponderante na condenação, razão pela qual fica mantida a fração de 1/6. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Recurso Especial nº 2056208/MG) (BRASIL, 2023b).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO QUALIFICADA**.** TESE SUSCITADA DURANTE O INTERROGATÓRIO DO RÉU. RECONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. 1. Nos termos da orientação desta Casa, "a confissão**,** ainda que parcial, ou mesmo qualificada - em que o agente admite a autoria dos fatos, alegando, porém, ter agido sob o pálio de excludentes de ilicitude ou de culpabilidade -, deve ser reconhecida e considerada para fins de atenuar a **pena**" (HC n. 350.956/SC, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 2/8/2016, DJe 15/8/2016). 2. De mais a mais, tratando-se "de julgamento realizado perante o **Tribunal do Júri,** todavia, considerando a dificuldade em se concluir

> pela utilização pelos jurados da **confissão** espontânea para justificar a condenação, este Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que é suficiente que a tese defensiva tenha sido debatida em plenário, seja arguida pela defesa técnica ou alegada pelo réu em seu depoimento. (AgRg no AREsp n. 1.754.440/MT) (BRASIL, 2021a).
>
> Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 85063/SC).

Entretanto, no caso do Tribunal do Júri há de se questionar acerca da aplicação da atenuante da confissão, quando qualificada, pelo Juiz-Presidente, no momento de fixar, na 2ª fase, a pena a ser cumprida. Isso porque, a questão fática já foi votada e não acolhida pelos jurados, juízes do fato e soberanos – quer-se dizer o que foi dito pelo acusado não foi acolhido pelos juízes do fato.

Considerando que o Código Penal adotou o conceito tripartite de crime, qual seja, fato típico, antijurídico e culpável, quando o acusado em sua autodefesa ou a defesa técnica suscita tese que conduz à exclusão da ilicitude ou de sua culpabilidade, por consequência, exclui a prática do delito, uma vez que ausente um dos elementos que o configura.

Na situação envolvendo crimes dolosos contra a vida, o reconhecimento da confissão, em casos nos quais o acusado, seja na sua autodefesa, seja na defesa técnica, traz tese que implica em exclusão de ilicitude ou culpabilidade, ou causa de diminuição de pena (por exemplo §1º do art. 121 do CP) sua análise pelos jurados, juízes naturais para julgamento do caso com suas circunstâncias fáticas, será feita quando da votação do quesito absolutório ou do quesito da causa de diminuição pretendida – em regra 3º e 4º quesitos.

Eventual aplicação da atenuante em comento, ainda que amparada pelo enunciado 545 do Superior Tribunal de Justiça, quando da fixação da pena, importa em ofensa à decisão dos jurados que negaram, em momento oportuno, as teses defensivas, comportando recurso de apelação nos termos do art. 593, inciso III, alínea "b" do CPP e, para além disso, em clara violação ao princípio da soberania dos veredictos, importando em afronta à Constituição Federal.

3. A CONFISSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 - DOS ASPECTOS CONCEITUAIS

A compreensão sistêmica do Código Penal Pátrio prevê a confissão espontânea como circunstância atenuante da pena **se ela for fruto da colaboração para a descoberta da verdade**. Por conseguinte, o acusado deve esclarecer as circunstâncias de modo completo e verossímil para fazer jus à redução da sanção penal, não sendo uma confissão qualquer apta a autorizar a incidência de tal regalia legal.

A corroborar esse entendimento, é importante destacar, em primeiro lugar, o significado de confissão. Segundo o dicionário Houaiss, *"confissão significa revelação de própria culpa, crime, pecado etc."*. Logo, depreende-se que seu conceito está diretamente relacionado à ideia de arrependimento pelo injusto penal cometido, constituindo as vias intelectivas do agente por meio das quais ele revela o mal praticado na sua inteireza, com sinceridade, sem falsidade, tampouco desculpa esfarrapada.

Tem-se, evidente, que o escopo da referida atenuante é "*premiar*" o agente que se mostra claramente arrependido pelo que fez a partir de uma narrativa sincera, franca e honesta sobre os fatos na sua integralidade, e não apenas sobre o crime a seu bel-prazer (SANTOS, 1994, p. 99). A redução da pena, então, é a contrapartida estatal pela admissão do acusado de fato contrário e prejudicial a si próprio, qual seja, a acusação apresentada pelo órgão acusatório.

Outrossim, por força do artigo 3º do Código de Processo Penal, admite-se, nessa seara, a interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como a suplementação dos princípios gerais de direito, no que ele for omisso.

Nesses termos, importante ressaltar que o Código de Processo Civil, em seu artigo 389, *caput*, determina como confissão o ato por meio do qual a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário.

Ademais, o artigo 395 do mesmo diploma legal acima citado, complementando o que firmado no supramencionado dispositivo, estabelece que a confissão, via de regra, é indivisível, não

podendo a parte aceitá-la no que lhe for benéfico e rejeitá-la no que lhe for prejudicial.

Tendo em vista que o Código de Processo Penal não explicitou a confissão espontânea apta a ensejar a redução da pena na dosimetria, inequívoco que tal conceito legal se aplica ao processo penal, já que subsidia o que estabelecido no artigo 65, inciso III, alínea d, do Código Penal.

Assim, determina-se como escopo da referida atenuante a "premiação" do agente que se mostra claramente arrependido pelo que fez, a partir de uma narrativa sincera, franca e honesta sobre os fatos, na sua integralidade, e não apenas no que lhe for favorável, a seu bel- prazer.

Em outras palavras, a redução da pena é a contrapartida estatal à admissão do acusado de prática de fato contrário e prejudicial a si próprio, em sua inteireza, não sendo válida como tal a confissão fragmentada.

Desse modo, conforme acima obtemperado, não será qualquer confissão que autorizará a incidência da atenuante. Em semelhante raciocínio, nem toda confissão acarretará a redução de 1/6 da pena, mormente porque o réu, muito embora confesse a autoria delitiva, poderá esquivar-se de confessar a dinâmica e motivação delitivas, igualmente caros à exordial acusatória e, sobretudo, à descoberta da verdade processual.

Deveras, o assassino, como é comum, distorce os fatos mediante falsa narrativa, com olhos voltados exclusivamente à impunidade. Ele quer matar, decide matar, age para matar atacando a vida alheia, mas não quer pagar pelo malfeito e, por isso, mente para criar obstáculos à punição estatal. Apresenta, na realidade, uma pseudoconfissão, oriunda da ausência de *animus confitendi* – na confissão genuína, se pressupõe a vontade de dizer a verdade quanto aos fatos (NOVAIS, 2020, p. 278).

3.2 - DOS ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIS

A prerrogativa de circunstância atenuante para a confissão vem ancorada na ideia de colaboração para a descoberta da verdade e da dinâmica delitiva, o que não pode ser visualizado em caso de excludentes de ilicitude ou culpabilidade ou causa de diminuição de pena, visto que o acusado tenta, na verdade, se eximir da sua conduta, calcado em apresentação distorcida, na esperança de ser absolvido ou ter reconhecida eventual causa de diminuição e, por consequência, de se beneficiar pela atenuante. Portanto, não deve ser agraciado com a redução do *quantum* de pena, tendo em vista que o réu alterou a verdade dos fatos visando proveito próprio.

Não se olvide que a existência da atenuante da confissão não depende de simples conduta objetiva, na verdade, reclama um motivo moral e relevante, em que haja, especialmente, demonstração de arrependimento do agente e espírito de lealdade com a verdade processual, e sem buscar valer-se de circunstância que apenas o beneficie.

Assim, como a confissão qualificada se mostra divorciada da verdade com o único escopo de subtrair-se à responsabilidade penal justa, não se está diante de confissão plena, capaz de cooperar para a solução do processo e, por consequência, de reduzir a pena. Ora, ninguém - muito menos o assassino - pode ser beneficiado por lançar mão de artifício ou expediente astucioso, utilizado para induzir alguém a erro de entendimento.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que "a natureza qualificada da confissão a partir da negativa do aspecto criminoso da conduta afasta a possibilidade de aplicação da circunstância atenuante" (BRASIL, 2019). E ainda: "Tratando-se de confissão parcial, qualificada ou retratada em juízo, não se mostra aplicável a atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, salvo quando essa circunstância for efetivamente utilizada como fundamento para a condenação penal, considerada a finalidade do instituto, dentre outras, de facilitar a persecução penal." (BRASIL, 2020).

Em igual sentido também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> [...] PRECLUSÃO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE NAS HIPÓTESES DE CONFISSÃO QUALIFICADA**.** PRECEDENTES. [...] 3. A chamada **confissão qualificada,** na qual o agente agrega à **confissão** teses defensivas descriminantes ou exculpantes, não tem o condão de ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal. [...]. (HC 231363/SP) (BRASIL, 2014).

Como bem lembrado pelo Promotor de Justiça César Danilo de Novais (2020):

> [...] Não raro, a tática defensiva do acusado perante os jurados é a confissão qualificada. Em seu interrogatório, quando confessa ser o autor do crime, apresenta estas velhas e surradas versões: (a) "(...) Daí ela, a vítima, colocou a mão na cintura, como se fosse puxar uma arma, daí eu me defendi..."; ou (b) "(...) Daí ela, a vítima, me xingou e/ou deu um tapa no meu rosto, o que me fez perder a cabeça e fazer isso aí...". É o samba de uma nota só. É o enxerto da mentira na tentativa de engazopar o Conselho de Sentença em busca da impunidade (absolvição por legítima defesa ou condenação no homicídio privilegiado por ter "agido" sob o domínio de violenta emoção logo em seguida à injusta provocação da vítima). A função dessa estratégia de defesa é confundir os jurados no julgamento da causa. Visa infectar o processo penal de interesses tacanhos e nocivos à busca da verdade.
>
> [...]
>
> Na verdade, o assassino, *comme d'habitude*, distorce os fatos mediante falsa narrativa, com olhos voltados exclusivamente à impunidade. Ele quer matar, decide matar, age para matar atacando a vida alheia, mas não quer pagar pelo malfeito e, por isso, mente para criar obstáculos à punição estatal. Apresenta, na realidade, uma pseudoconfissão, oriunda da ausência de *animus confitendi* – na confissão genuína, se pressupõe a vontade de dizer a verdade quanto aos fatos. [...].

O argumento no sentido de que há dificuldade em se concluir pela utilização pelos jurados da confissão espontânea para justificar a condenação, muitas vezes utilizado para aplicação da atenuante quando qualificada, pode e deve ser rechaçado com os argumentos acima expostos. Ora, as teses defensivas foram votadas pelos jurados que, na qualidade de juízes naturais e soberanos, entenderam por rejeitá-las quando da votação dos quesitos absolutório e/ou causa de diminuição de pena (art. 483 do CPP).

Note-se que, ainda que sem abordar diretamente a questão da soberania dos vereditos, em que pese não ser o entendimento majoritário, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais já entendeu, inclusive em julgamento recente, acerca do não reconhecimento da atenuante da confissão quando qualificada:

> APELAÇÃO CRIMINAL - TRIBUNAL DO JÚRI - HOMICÍDIO QUALIFICADO
>
> - PRELIMINAR - NULIDADE PROCESSUAL POR CERCEAMENTO DE DEFESA - AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO DA DEFESA, EM MOMENTO OPORTUNO - PRECLUSÃO. PRELIMINAR REJEITADA. Não há se falar em
>
> nulidade se a Defesa quedou-se inerte, deixando de formular qualquer requerimento de diligências, tendo, ao revés, concordado com o desentranhamento de determinadas provas juntadas aos autos. MÉRITO - CASSAÇÃO DO VEREDICTO POPULAR - IMPOSSIBILIDADE - DECISÃO QUE NÃO É MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO - VIOLENTA EMOÇÃO - NÃO CABIMENTO - JURADOS QUE OPTARAM POR UMA DAS VERSÕES CONTIDAS NOS AUTOS - CONDENAÇÃO MANTIDA - **RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA DE AUTORIA - INVIABILIDADE**. RECURSO NÃO PROVIDO. 01. Restando
>
> evidenciado que o veredicto do emérito Conselho de Sentença não é manifestamente contrário à evidência dos autos, deve-se manter a condenação imposta pelo Tribunal Popular do Júri, porquanto deve prevalecer o princípio da soberania de seus veredictos, conforme preconiza o art. 5º, inc. XXXVIII, alínea "c", da CF/88. 02. **A confissão qualificada não caracteriza a atenuante genérica prevista no art. 65, inc. III, alínea "d", do Estatuto Repressivo (confissão espontânea), uma vez que nela o acusado não reconhece a autoria do fato típico, procurando apenas minimizar a sua responsabilidade penal.** (Apelação Criminal nº 1.0000.22.245024-9/001). (MINAS GERAIS, 2023b, grifo nosso).
>
> APELAÇÃO CRIMINAL - TRIBUNAL DO JÚRI - HOMICÍDIO QUALIFICADO
>
> DOSIMETRIA DA PENA - REDUÇÃO DA PENA - VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS REFERENTES À CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL, PERSONALIDADE DO AGENTE E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA- INVIABILIDADE- EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - **CONFISSÃO QUALIFICADA - IMPOSSIBILIDADE** - REDUÇÃO DA PENA PELA TENTATIVA NO PATAMAR MÁXIMO - IMPOSSIBILIDADE - GRANDE PARTE DO "ITER CRIMINIS" PERCORRIDO- APLICAÇÃO DO QUANTUM DE 1/3 (UM TERÇO) - A ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - IMPOSSIBILIDADE - SUSPENSÃO - COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO - Não havendo
>
> fundamento para negativar as circunstâncias judiciais referentes à culpabilidade, conduta social, personalidade do agente e comportamento da vítima, elas devem ser mantidas como neutras. -Havendo a chamada "confissão qualificada", em que o agen-

te, apesar de admitir a prática do delito, o faz com ressalvas, alegando em seu favor a existência de excludente de ilicitude ou de culpabilidade, ou, ainda, buscando descaracterizar o tipo legal, não é de lhe ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea. - O patamar de redução da pena pela figura da tentativa deve pautar-se no iter criminis percorrido pelo agente, sendo assim, tendo o acusado chegado próximo à consumação do crime, mister se faz a aplicação do patamar mínimo de redução. -A matéria referente às custas processuais é regulada pelo art. 98 do Novo Código de Processo Civil, que prevê a possibilidade de as obrigações decorrentes da sucumbência ficarem sob condição suspensiva de exigibilidade. Assim, deve o pedido de suspensão ser formulado diante do Juízo da Execução Penal competente, para que possa verificar o estado de miserabilidade jurídica da parte. (Apelação Criminal 1.0000.23.127519-9/001) (MINAS GERAIS, 2023c, grifo nosso).

APELAÇÃO CRIMINAL - TRIBUNAL DO JÚRI - HOMICÍDIOS, CONSUMADO E TENTADO, QUALIFICADOS PARA ASSEGURAR A IMPUNIDADE DE OUTROS CRIMES, EM CONTINUIDADE DELITIVA, E FURTOS QUALIFICADOS PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E PELO CONCURSO DE PESSOAS, EM CONTINUIDADE DELITIVA E EM CONCURSO MATERIAL DE CRIMES - RECURSO DEFENSIVO: CONHECIMENTO NECESSÁRIO - DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS EM RELAÇÃO AOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA E EM RELAÇÃO À QUALIFICADORA - INOCORRÊNCIA - REDUÇÃO DAS PENASBASE AOS MÍNIMOS LEGAIS - IMPOSSIBILIDADE - FRAÇÃO MÍNIMA DA CONTINUIDADE DELITIVA - INVIABILIDADE - APELO MINISTERIAL: ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA BASILAR - VIABILIDADE - DECOTE DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - NECESSIDADE - REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DA PENA RELATIVA À TENTATIVA - VIABILIDADE - CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA – NÃO RECONHECIMENTO - EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO - POSSIBILIDADE - CONCURSO FORMAL PRÓPRIO EM DETRIMENTO DO CRIME CONTINUADO - NECESSIDADE. (...) Havendo circunstâncias judiciais negativas, impõe-se a elevação da reprimenda basilar. Quando o réu não admitir a prática delituosa, é incabível manter o reconhecimento da atenuante do artigo 65, III, "d", do Código Penal. Se no delito de homicídio o agente percorrer todo o iter criminis, mas não chegar próximo à consumação do delito, visto que a vítima não correu perigo de morte, mostra-se razoável a redução da pena pela tentativa no patamar intermediário. Não há como reconhecer a continuidade delitiva específica no caso de os delitos de homicídio terem sido praticados com dolo eventual, e não com desígnios autônomos. A determinação de execução provisória da pena, logo depois da condenação pelo Tribunal do Júri, está prevista no artigo 492, I, "e", do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 13.964/19. Quando, com uma só ação, o agente praticar mais de um crime, é necessário reconhecer o concurso formal próprio em detrimento do crime continuado. (Apelação Criminal n.º 1.0024.11.060744-7/006) (MINAS GERAIS, 2020a).

APELAÇÃO CRIMINAL - TRIBUNAL DO JÚRI - HOMICÍDIOS QUALIFICADOS TENTADOS E LATROCÍNIO - DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS - INOCORRÊNCIA - REDUÇÃO DAS PENAS-BASE - POSSIBILIDADE - RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - DESCABIMENTO - ALTERAÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO DO CONCURSO FORMAL - NECESSIDADE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - 1. Somente a decisão que não encontre o menor respaldo nos elementos de convicção carreados aos autos pode ser tida como manifestamente contrária à prova a ensejar a sua anulação, o que inocorre na espécie. 2. Constatado que as penas-base foram aplicadas com rigor e em dissonância dos elementos extraídos dos autos, imperiosa a sua redução. 3. O reconhecimento da atenuante da confissão espontânea pressupõe, além da espontaneidade na confissão, que ela seja completa e sem ressalvas, o que não é o caso dos autos. 4. Adota-se a fração de 1/4 (um quarto) na hipótese de terem sido cometidos quatro crimes de homicídio qualificado tentado em concurso formal, impondo-se, pois, a reforma da r. sentença nesse particular. (Apelação Criminal 1.0433.17.014702-2/002) (MINAS GERAIS, 2020b).

4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Piedade e Mazzuoli (2023, p. 138) entendem que "não há dúvidas de que o processo penal é instrumento de proteção dos direitos de todos os cidadãos, sejam infratores ou vítimas. Daí por que as garantias processuais têm lugar para balizar toda a persecução penal, desde a investigação do delito, da propositura da ação penal, até a decisão final do Poder Judiciário, condenando ou absolvendo o acusado. (...)."

Portanto, sendo o Tribunal do Júri, de acordo com doutrinária majoritária, uma garantia constitucional e rechaçadas pelo Conselho de Sentença, cuja decisão é soberana e só pode ser revista quando manifestamente contrária à prova dos autos (art. 594, III, "d" do CPP) todas as teses defensivas o reconhecimento da atenuante da confissão em situações tais importa não só em violação ao princípio da soberania dos vereditos.

Há evidente afronta ao direito da vítima em ver o violador do seu direito, aqui o direito maior, a vida, ser punido exatamente nos moldes estabelecidos pelo art. 121 do CPB, passível de recurso na forma do art. 593, inciso III, b do CPP), vez que o direito de punir é *standard* de direitos humanos, como, também, em violação à soberania dos veredito que tem guarida na Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXVIII) e, ainda, aos tratados e convenções assinados e ratificados pelo Brasil, que são incorporados ao ordenamento jurídico como equivalentes à emendas constitucionais (art. 5º, ,§ 3º da CF/88), passível do controle de convencionalidade pelo Ministério Público através dos recursos cabíveis.

REFERÊNCIAS

ANSANELLI JÚNIOR, Ângelo. **O Tribunal do Júri e a soberania dos veredictos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 71.

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: 28 out. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF, 1941.

BRASIL. **Lei n.º 11.689 de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. Brasília, DF, 9 jun. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental Agravo em Recurso Especial 85063/SC**. Relator Ministro Ericson Maranho.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2442297/SP** (2023/0310779-1). Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 20 fev. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 2056208/MG** (2023/0066745-0). Relator Ministro Joel Ilan Paciornik. Julgado em 18 dez. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1.754.440/MT**. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Quinta Turma. Julgado em 2 mar. 2021. Publicado em 8 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2011/0282185-0**. 6ª Turma. Relator Ministro Antônio Saldanha Palheiro. Julgado em 13 abr. 2021. Publicado em 20 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 842478/MS** (2023/0268734-3). Relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT). Julgado em 23 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ***Habeas Corpus* 231363/SP**. 5ª Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. Julgado em 18 jun. 2014. Publicado em 15 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal n.º 892 ED/RS**. Relator Ministro Luiz Fux 1ª Turma. Julgado em 6 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 186.084/RS. Relator Ministro Celso de Mello.

Diário do Judiciário eletrônico, 9 set. 2020.

MARQUES, José Frederico. **A instituição do júri**. São Paulo: Saraiva, 1963. p. 75. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Criminal 1.0000.23.257189-3/001 0012014-13.2022.8.13.0582 (1).** 9ª Câmara Criminal Especializada. Relator Des. Evaldo Elias Penna Gavazza (JD Convocado). Julgado e publicado em 24 abr. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Criminal 1.0000.23.315549-8/001 0031828-53.2018.8.13.0193 (1)**. 2ª Câmara Criminal. Relator Des. Glauco Fernandes. Julgado e publicado em 7 mar. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Criminal n. 1.0000.23.005499-1/002 0061733-78.2011.8.13.0313 (1).** 5ª Câmara Criminal. Relator Des. Marcos Flávio Lucas Padula. Julgado em 12 dez. 2023. Publicado em 13 dez. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Criminal n. 1.0000.22.245024-9/001**. Relator Des. Rubens Gabriel Soares. 6ª Câmara Criminal. Julgado em 29 ago. 2023. Publicado em 30 ago. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Criminal n. 1.0000.23.127519-9/001**. Relator Des. José Luiz de Moura Faleiros. 1ª Câmara Criminal. Julgamento em 8 ago. 2023. Publicação da súmula em 9 ago. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Criminal n. 1.0024.11.060744-7/006**. 1ª Câmara Criminal. Relator Des. Flávio Leite. Julgado em 18 jun. 2020. Publicado em 28 jun. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Criminal n. 1.0433.17.014702-2/002**. Relator Des. Eduardo Machado. 5ª Câmara Criminal. Julgamento em 14 jul. 2020. Publicação da súmula em 22 jul. 2020.

NOVAIS, César. **A defesa da vida no Tribunal do Júri**. 3. ed. Cuiabá: Carlini Caniato, 2020.
p. 278.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015.

PIEDADE, Antônio Sérgio Cordeiro; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Punir como *standard* de direitos humanos: centralidade de proteção das vítimas no direito internacional dos direitos humanos e no processo penal brasileiro. **Revista dos Tribunais**, ano 112, v. 1055, setembro, 2023. p. 138.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 99.

O (DES)CABIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM PROCESSOS COM DENÚNCIA RECEBIDA ANTES DA VIGÊNCIA DO PACOTE ANTICRIME

ANTÔNIO HENRIQUE FRANCO LOPES

O (DES)CABIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM PROCESSOS COM DENÚNCIA RECEBIDA ANTES DA VIGÊNCIA DO PACOTE ANTICRIME

ANTÔNIO HENRIQUE FRANCO LOPES[1]

RESUMO: Busca-se, no presente artigo, verificar a possibilidade de incidência do acordo de não persecução penal a fatos praticados anteriormente à sua positivação no Código de Processo Penal, especialmente nas situações em que a denúncia foi recebida antes da vigência da Lei Federal n.º 13.964/2019. Para tanto, procede-se ao exame da legislação que disciplina o instituto, à análise de julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, ao estudo do posicionamento da literatura jurídica nacional e de enunciados editados pelo Ministério Público brasileiro sobre o tema. A definição da natureza jurídica do acordo de não persecução penal e dos efeitos dele decorrentes revela a necessidade de harmonização de comando normativo (no sentido de que o instituto consiste em alternativa ao ajuizamento da ação penal) com o postulado de retroatividade da lei penal benéfica ao réu. Dentre as conclusões lançadas no presente trabalho, destaca-se a impossibilidade de propositura do acordo de não persecução penal pelo Ministério Público quando a denúncia foi recebida anteriormente à vigência da Lei Federal n.º 13.964/2019.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de Não Persecução Penal; Aplicação Retroativa; Recebimento da Denúncia; Natureza Pré-processual; Descabimento.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A evolução da justiça penal consensual no Brasil. 3 Inserção do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico pátrio. 4 Natureza jurídica do instituto e os efeitos dele decorrentes. 5 Limites temporais para a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal. 6 Considerações finais. Referências.

1 Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais. Atualmente, é assessor especial do Procurador-Geral de Justiça. Atuou como Membro Auxiliar do Conselho Nacional do Ministério Público e como assessor do Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Foi Defensor Público do Estado de Minas Gerais, Procurador do Estado de Pernambuco e advogado.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO 44

2 - A EVOLUÇÃO DA JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL NO BRASIL..... 44

3 - INSERÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL 46
NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

4 - NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO E OS EFEITOS DELE DECORRENTES 47

5 - LIMITES TEMPORAIS PARA A APLICAÇÃO RETROATIVA..... 48
DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 53

REFERÊNCIAS 54

1 - INTRODUÇÃO

A Lei Federal n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019, denominada Pacote Anticrime, trouxe relevantes mudanças ao sistema penal e processual penal pátrio, dentre as quais destaca-se a positivação do acordo de não persecução penal.

A inserção no Código de Processo Penal do aludido instituto, de natureza eminentemente pré-processual, incrementou a possibilidade de justiça negocial na seara criminal e, embora não ostente a mesma abrangência conferida no modelo norte-americano, a sua efetivação poderá trazer resultados positivos ao sistema de justiça brasileiro.

Isso porque a celebração do acordo de não persecução penal poupará o ajuizamento de milhares de ações penais, prometendo aliviar as pautas do Poder Judiciário para a realização de audiências de instrução e julgamento em processos alusivos a delitos apenados com sanções mais severas (iguais ou superiores a quatro anos) e/ou cometidos com violência ou grave ameaça.

A concentração de esforços nos casos de maior repercussão social traria, assim, racionalização de recursos e resultados mais qualificados no enfrentamento da criminalidade.

Contudo, a vigência do artigo 28-A do Código de Processo Penal fez surgir, de imediato, questionamento acerca da sua incidência aos processos criminais em curso, ou seja, seria possível a propositura pelo Ministério Público de acordos de persecução penal nos feitos com ação penal já recebida àquela época?

O enfrentamento da citada questão, com a indicação de critérios objetivos para aferir a possibilidade ou não de aplicação retroativa da medida despenalizadora em tela, revela-se de fundamental importância, pois resultará em segurança jurídica às avenças que vierem a ser formalizadas e evitará o reconhecimento de nulidades processuais naqueles feitos em que se decidir pela inaplicabilidade do instituto.

O presente artigo pretende justamente abordar essa temática por meio da vertente jurídico-dogmática, com emprego de raciocínio dedutivo, de investigação hermenêutica, de pesquisa interdisciplinar e dos métodos teórico-bibliográficos e de análise de jurisprudência, partindo das normas constitucionais e legais que regem a justiça negocial e o acordo de não persecução penal no país, passando por julgados dos tribunais superiores e enunciados editados pelas unidades do Ministério Público brasileiro, bem como pela literatura jurídica nacional, para concluir sobre a pertinência ou não da oferta de acordo de não persecução penal em processos com denúncia recebida anteriormente à vigência da Lei Federal n.º 13.964/2019.

2 - A EVOLUÇÃO DA JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL NO BRASIL

Para o enfrentamento do tema proposto, faz-se necessário prévio e breve registro acerca da evolução da justiça penal negocial no Brasil, sob a égide da Constituição da República de 1988.

A justiça penal consensual funda-se em técnicas e instrumentos próprios de negociação para a resolução pactuada de conflitos no âmbito criminal, conferindo maior eficiência e adequação à resposta jurisdicional.

A noção clássica do processo penal, caracterizada pelo antagonismo entre os litigantes, pelo apego à formalidade e pela natureza impositiva da tutela jurisdicional, dá lugar a uma solução construída pelas partes, em rito dotado de menos formalismo e maior agilidade.

As características da sociedade contemporânea, notadamente aquelas decorrentes da revolução digital e dos meios de comunicação, impuseram a necessidade de se assegurar maior resolutividade à tutela jurisdicional penal, a partir do aperfeiçoamento de princípios e institutos processuais penais, dentre os quais se destaca o cânone da obrigatoriedade da ação penal pública.

Ao atribuir ao Ministério Público a titularidade privativa da ação penal pública, o constituinte originário deixou a cargo da lei a determinação dos limites e das hipóteses para o exercício do aludido poder-dever:

> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
>
> I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. (BRASIL, 1988).

Desse modo, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública não decorre expressa e diretamente de comando constitucional, sendo passível de mitigação pelo legislador infraconstitucional.

Dando guarida à tese ora exposta, orienta Pedro Henrique Demercian:

> O princípio da obrigatoriedade da ação penal impõe ao promotor de justiça não só o dever funcional positivo – promover a ação penal pública e buscar a comprovação do fato em tese típico, como também o dever funcional negativo – requerer o arquivamento do inquérito ou peças informativas, quando a realidade dos fatos não fornecer elementos suficientes que traduzam a suspeita razoável de autoria e materialidade. É importante observar, por outro lado, que a parte final do artigo 129, I, da Constituição Federal, ao utilizar a expressão na forma da lei, deixa claro que a obrigatoriedade não decorre direta e expressamente de regra constitucional, cabendo à lei determinar os limites e as hipóteses para o exercício do direito de ação. (DEMERCIAN, 2009, p. 96).

Não fosse isso o bastante, à luz do perfil outorgado constitucionalmente ao Ministério Público brasileiro de guardião da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127, *caput*, da Constituição Federal), não se afigura pertinente conceber que o cânone da obrigatoriedade da ação penal pública seja absoluto, impondo ao membro do Ministério Público o ajuizamento da denúncia em qualquer circunstância.

Na verdade, como bem leciona Rodrigo Leite Ferreira Cabral:

> A ideia importante da obrigatoriedade é a que não pode o Ministério Público, sem justa causa, simplesmente abrir mão de dar uma resposta às investigações penais maduras e viáveis que se encontram em seu poder. (CABRAL, 2022, p. 37).

A partir de tais premissas, conclui-se que a legislação infraconstitucional pode conceder ao Ministério Público, em determinadas hipóteses e sob certas condições, a prerrogativa de aferir a oportunidade e a conveniência do ajuizamento da ação penal, erigindo-se, em complementação ao princípio da obrigatoriedade, o postulado da oportunidade regrada.

Importante reforçar que a atuação ministerial alicerçada na referida margem de discricionariedade deve ocorrer nos exatos limites da lei que a disciplina, por meio de manifestação devidamente fundamentada, possibilitando a sua revisão pelo órgão superior da Instituição e/ou pelo Poder Judiciário.

Reconhecendo que o princípio da oportunidade regrada não colide com o cânone da obrigatoriedade da ação penal pública, pondera Juliana Moyzés Nepomuceno Araújo:

> Esse poder discricionário atribuído ao acusador é reflexo da chamada oportunidade regrada, que representa a possibilidade concedida ao Ministério Público de avaliar a conveniência e o interesse do ajuizamento da ação penal, observando-se os critérios exigidos pela legislação. Nessa perspectiva, trata-se de uma faculdade conferida ao titular da ação penal para decidir, por meio de sua independência funcional, qual medida será adotada para o exercício desse direito. Fala-se, portanto, em oportunidade regrada, uma vez que a lei estabelece limites ao espaço de discricionariedade concedido ao órgão de acusação, de forma que sua atuação deve ser pautada na estrita legalidade e submetida aos controles administrativo e judicial, a fim de evitar eventuais abusos. Compreende-se, ainda, que a regra da oportunidade revela-se como um complemento ao princípio da obrigatoriedade, pois, ao aplicar-se a delitos de menor gravidade, flexibilizando o formalismo processual penal e amenizando a sobrecarga do sistema de justiça, a atividade persecutória começa a ser utilizada para perquirir, com mais prioridade, a grave criminalidade. (ARAÚJO, 2022, p. 59/60).

Os precursores da justiça penal consensual no ordenamento jurídico pátrio foram os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Inseridas pela Lei Federal n.º 9.099/1995 e aplicáveis a infrações penais de menor potencial ofensivo (aquelas com pena máxima até dois anos – no caso da primeira) ou com pena mínima não superior a um ano (no caso da última), as aludidas medidas despenalizadoras romperam com o dogma de que o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública seria absoluto.

A implementação dos Juizados Especiais Criminais e de institutos de justiça penal negocial mostrou-se exitosa, dando fôlego ao sistema de justiça em um primeiro momento.

O acordo de leniência, estatuído pela Lei Federal n.º 12.529/2011, consiste em outro me-

canismo que contempla a consensualidade na justiça criminal, uma vez que o seu cumprimento acarretará a extinção da punibilidade de delitos.

De igual modo, a Lei Federal n.º 12.850/2013, que tratou do combate às organizações criminosas, trouxe a previsão do acordo de colaboração premiada, instrumento que contribuiu para a consolidação no Brasil da justiça consensual na seara penal.

Contudo, a elevação dos índices de criminalidade no país nas últimas décadas, somada ao incremento do número de feitos criminais em tramitação e à ausência de providências estruturais que permitissem o seu correto enfrentamento, resultou em indesejado cenário de morosidade e, até mesmo, de impunidade na justiça penal brasileira.

Nesse contexto, ganharam espaço as propostas que esposavam a ampliação das hipóteses de cabimento da justiça consensual penal, a fim de viabilizar a concentração de esforços do sistema de justiça no efetivo combate aos delitos mais graves.

3 - INSERÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

O acordo de não persecução penal foi previsto no ordenamento jurídico pátrio, pela primeira vez, com a edição da Resolução n.º 181, de 7 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público.

O referido ato normativo, que dispôs sobre a instauração e a tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público, trouxe, em seu artigo 18, a possibilidade de o Ministério Público propor ao investigado acordo de não persecução penal.

Os requisitos para o cabimento da medida despenalizadora foram modificados, posteriormente, pela Resolução n.º 183, de 24 de janeiro de 2018, do Conselho Nacional do Ministério Público.

A Resolução n.º 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público foi alvo de diversos questionamentos acerca de sua constitucionalidade e deixou de ser aplicada por muitos membros do Ministério Público brasileiro. O principal argumento apresentado à época pelos detratores residiu no fato de o instituto ter sido criado por uma resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, caracterizando violação aos princípios da reserva legal e da segurança jurídica (ARAÚJO, 2022, p. 137/138).

Realmente, em última análise, a inserção de hipóteses de flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública por meio de Resolução não está em perfeita harmonia com o postulado da legalidade estrita, ao qual se encontra vinculado o poder punitivo estatal, por força do inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição da República.

Destacando aspectos da inconstitucionalidade das Resoluções n.º 181/2017 e n.º 183/2018 do Conselho Nacional do Ministério Público, disserta Vinícius Gomes de Vasconcellos:

> A criação de tais espaços de não obrigatoriedade por meio de uma resolução do CNMP configura violação à legalidade estrita que deve orientar (e limitar) a incidência do poder punitivo estatal. Inclusive no processo penal, a legalidade é uma fundamental premissa, de modo que somente a Lei pode alterar a sua normativa. Assim, primeiramente, há clara inconstitucionalidade, por violação do art. 22, I, da CF. De modo distinto, seria diferente situação em que a lei criasse os mecanismos de não obrigatoriedade e as normativas internas do MP regulassem mais detalhadamente os seus parâmetros. Nesse caso, não haveria inconstitucionalidade, mas não foi o que ocorreu. Alguns argumentos favoráveis à referida Resolução se mostram fragilizáveis. Primeiramente, o fato de o STF reconhecer que resoluções do CNJ (e, por essa lógica, do CNMP) possuem caráter normativo primário para expedir atos regulamentares (ADC 12 MC e MS 27621) não autoriza que assim se introduzam mecanismos que ampliam o controle penal e lidam com a punibilidade de condutas. A regulamentação da audiência de custódia por resolução do CNJ é situação distinta, pois visa consolidar um direito fundamental (convencionalmente previsto), de aplicação imediata, no ordenamento brasileiro. Ao contrário, o art. 18 da Res. 181/2017 introduz espaço de não obrigatoriedade da ação penal, tocando diretamente com o exercício do poder persecutório do Estado: 'O que se quer dizer, portanto, é que o ato regulamentador do CNJ disciplinou um momento de análise da prisão, unicamente. Em momento algum, o CNJ buscou ditar o destino final da persecução iniciada, pois isto depende de lei, como já visto. Noutro passo, fica evidente que o CNMP,

> administrativamente, quer dizer o que justifica, ou não, o ajuizamento de ação penal. São fins, objetivos e resultados absolutamente distintos'. Por fim, a autorização para a celebração do referido acordo é norma de caráter processual e material, pois aborda a realização ou não da persecução penal, além de acarretar uma renúncia da defesa ao contraditório e ao devido processo legal, permitindo a realização antecipada da jurisdição penal (aplicação de sanções pelo Estado). Portanto, tal inovação normativa deve se submeter à reserva legal. (VASCONCELLOS, 2022, p. 50/51).

Ressalte-se que foi ajuizada ação direta de inconstitucionalidade em face dos aludidos atos normativos infralegais, cujo julgamento pelo Supremo Tribunal Federal ainda se encontra pendente (ADI n.º 5793).

A validade dos acordos de não persecução penal celebrados sob a égide das citadas Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público dependerá do veredicto a ser proferido pelo Pretório Excelso.

Posteriormente, a Lei Federal n.º 13.964/2019 introduziu o acordo de não persecução penal no Código de Processo Penal (artigo 28-A), superando tais questões e inaugurando outras polêmicas acerca da aplicação do instituto.

Dentre elas, sobressai o debate acerca da possibilidade de incidência do acordo de não persecução penal aos processos com denúncia recebida antes da vigência do Pacote Anticrime.

4 - NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO E OS EFEITOS DELE DECORRENTES

O enfrentamento da questão atinente à possibilidade de aplicação retroativa do acordo de não persecução penal passa, sobretudo, pela definição da natureza jurídica do instituto e dos efeitos dele decorrentes.

Ao estatuir que, não sendo o caso de arquivamento e presentes determinados requisitos, o Ministério Público poderá propor o acordo de não persecução penal, o *caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal indica que o momento adequado para a formulação da oferta da medida despenalizadora é anterior à persecução em juízo, relativizando o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Com efeito, formada a *opinio delicti* no sentido da existência dos elementos necessários para o ajuizamento da ação penal, mas antes da formalização de tal providência em juízo, o membro do Ministério Público poderá celebrar o acordo de não persecução penal.

A natureza pré-processual do instituto também deflui com clareza dos §§ 8º e 10 do mesmo dispositivo legal, os quais, versando respectivamente sobre a recusa de homologação da avença pelo juiz e do descumprimento das condições fixadas, estipulam como consequência o oferecimento de denúncia.

Por outro lado, o acordo de não persecução penal, apesar de inserido no Código de Processo Penal, repercute na seara do direito material, uma vez que, celebrada a avença e cumpridas integralmente as suas obrigações, haverá a extinção da punibilidade do investigado, por força do §13 do artigo 28-A do Código de Processo Penal.

Por seu turno, a retroação da lei penal favorável ao réu, ainda que haja sentença penal condenatória transitada em julgado, encontra guarida no inciso XL do artigo 5º da Constituição da República e no parágrafo único do artigo 2º do Código Penal, vazados nos seguintes termos, respectivamente:

> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...]
>
> XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; (BRASIL, 1988).
>
> Art. 2º. Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.
>
> Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica- se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. (BRASIL, 1940).

Diante do caráter híbrido da Lei Federal nº 13.964/2019, que contempla normas de direito processual penal e de direito penal (como o artigo 28-A do Código de Processo Penal), a incidência do acordo de não persecução a fatos ocorridos antes da sua vigência revela-se pertinente.

Contudo, a literatura jurídica, a jurisprudência e as unidades do Ministério Público brasileiro divergem quanto aos limites temporais para a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal.

5 - LIMITES TEMPORAIS PARA A APLICAÇÃO RETROATIVA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A resolução da controvérsia acerca da aplicabilidade do acordo de não persecução penal aos processos em curso quando da entrada em vigor do Pacote Anticrime demanda a harmonização do comando de que o acordo de não persecução consiste em alternativa ao ajuizamento da ação penal (e, portanto, instituto de natureza eminentemente pré-processual) com o postulado de retroatividade da lei penal benéfica ao réu.

Na literatura jurídica nacional, há obras que versam sobre o tema, porém não é possível identificar, ao menos por ora, a existência de uma corrente prevalecente.

Douglas Fischer entende ser pertinente a celebração de acordo de não persecução penal em fatos pretéritos à inovação legislativa, desde que não tenha havido o recebimento da denúncia. Para tanto, argumenta que "admitir a aplicação do acordo de não persecução penal em ações penais em andamento, sob o (fácil) escudo geral de que consistiria providência 'mais benéfica ao infrator', configura uma criação com base isolada em um princípio apenas (da retroatividade), em desacordo também com a interpretação que entendemos correta e, segundo vemos, já conferida pelo STF em situações análogas, como foi em face de debates travados com a entrada em vigor da Lei nº 9.099/95" (FISCHER, 2020).

No mesmo sentido, Juliana Moyzés Nepomuceno Araújo invoca a essência e a finalidade do acordo de não persecução penal como óbices de sua retroação aos processos em curso, ponderando que "o oferecimento da denúncia e o consequente início da ação penal exaurem o momento da propositura do acordo" (ARAÚJO, 2022, p. 149).

Por seu turno, Rodrigo Leite Ferreira Cabral considera viável a celebração de acordo de não persecução penal nos processos em tramitação ao tempo da vigência da Lei Federal n.º 13.964/2019, aduzindo que é necessário conferir tratamento isonômico aos investigados; que o Supremo Tribunal Federal, em relação à Lei Federal n.º 9.099/1995, admitiu a retroatividade virtual de normas de conteúdo penal mais favorável, semelhantes àquelas trazidas no artigo 28-A do Código de Processo Penal; e que a interpretação *a contrario sensu* do artigo 3º-B, inciso XVII, do Código de Processo Penal, autoriza a propositura da medida despenalizadora no curso do processo penal (CABRAL, 2022, p. 250/252).

Comungando do mesmo entendimento, Igor Pereira Pinheiro e Mauro Messias advertem que, malgrado "o momento processual para celebrar o acordo de não persecução penal é a fase pré-processual, ao fim da etapa investigativa, tão logo constatada justa causa para a ação penal", há situações excepcionais em que a medida despenalizadora poderá incidir após o recebimento da denúncia, sendo uma delas as "ações penais em curso anteriormente à vigência da Lei Anticrime", nas quais "a proposta de acordo de não persecução penal deverá ser oportunizada retroativamente" (PINHEIRO; MESSIAS, 2021, p. 142/144).

Já Renato Brasileiro de Lima, após elencar as correntes existentes acerca da temática, preconiza que o acordo de não persecução penal pode ser celebrado somente para fatos delituosos cometidos depois da entrada em vigor da Lei Federal n.º 13.964/2019, invocando o postulado da irretroatividade da lei penal mais gravosa:

> Enquanto não sobrevém uma decisão definitiva e vinculante do STF, vejamos, de maneira didática, as diversas correntes acerca do assunto:
>
> a) aplicação do acordo de não persecução aos fatos delituosos anteriores à Lei n. 13.964/19, conquanto ainda não recebida a peça acusatória: na dicção da 1ª Turma do STF, '[...] a Lei n. 13.964/2019, no ponto em que instituiu o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*. [...] O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. [...]
>
> b) aplicação do acordo de não persecução penal aos fatos delituosos anteriores à Lei n. 13.964/19, inclusive para os processos criminais em andamento, conquanto ainda não tenha sido proferida sentença:

> para os adeptos dessa segunda corrente, a aplicação do acordo de não persecução penal inclusive para os processos criminais em andamento – acordo de não continuidade da ação penal – seria um desdobramento do princípio da isonomia, evitando-se, assim, que o simples fato de a denúncia já ter sido recebida funcionasse como óbice à celebração do referido acordo e de possível extinção da punibilidade na hipótese de a avença ser integralmente cumprida (CPP, art. 28-A, §13). [...]
>
> c) aplicação do acordo de não persecução penal aos fatos delituosos anteriores à Lei n. 13.964/19, inclusive para os processos criminais em andamento, conquanto não tenha ocorrido o trânsito em julgado da sentença condenatória: levando-se em consideração o fato de que o art. 28-A, §13, do CPP, passou a prever a extinção da punibilidade como consequência decorrente do cumprimento integral do acordo de não persecução penal, há quem entenda que estamos diante de verdadeira norma processual mista (ou material), daí por que haveria de ser aplicado o mesmo regramento atinente às regras de direito penal, *in casu*, o da retroatividade da lei penal mais benéfica, atendendo-se, assim, ao quanto disposto no art. 5º, XL, da Constituição Federal. [...]
>
> d) aplicação do acordo de não persecução penal exclusivamente aos fatos delituosos cometidos a partir da vigência da Lei n. 13.964/19 (nossa posição): [...] Ora, se a celebração do acordo de não persecução penal trouxe consigo, inexoravelmente, uma nova causa suspensiva da prescrição, norma de natureza penal nitidamente mais prejudicial, à controvérsia em questão deve ser aplicada a regra da irretroatividade da lei penal mais gravosa. Logo, sua aplicação deverá ficar restrita aos crimes cometidos após a vigência do Pacote Anticrime, é dizer, a partir do dia 23 de janeiro de 2020. Caso contrário, é dizer, se o acordo for celebrado aos fatos delituosos anteriores, suspendendo-se a prescrição, ter-se-ia patente violação ao princípio da irretroatividade da *lex gravior*. [...] (LIMA, 2021, p. 242/243).

Na seara jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento proferido pelo seu plenário, reconheceu o recebimento da denúncia como barreira à retroação da Lei Federal n.º 13.964/2019 quanto ao acordo de não persecução penal:

> DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. DISPARO DE ARMA DE FOGO. ART. 15 DA LEI Nº 10.826/2003. MATERIALIDADE E AUTORIA CONSIGNADAS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. COMPREENSÃO DIVERSA. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 5º, LV, E 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. APELO EXTREMO INADMITIDO COM FUNDAMENTO NOS TEMAS Nº 339 E 660. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO DIRIGIDO A ESTA SUPREMA CORTE CONTRA DECISÃO DA ORIGEM QUE APLICA A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. SOBERANIA DESTA SUPREMA CORTE PARA EXERCER O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. LEGALIDADE. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. RAZÕES DE DECIDIR EXPLICITADAS PELO ÓRGÃO JURISDICIONAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE NO SENTIDO DA RETROATIVIDADE DA LEI Nº 13.964/2019 NO QUE DIZ RESPEITO À POSSIBILIDADE DE INICIAR TRATATIVAS SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL, DESDE QUE NÃO RECEBIDA A DENÚNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO NÃO PROVIDO. [...] 5. Pleito de análise de eventual viabilidade de acordo de não persecução penal. A orientação deste STF é no sentido de que o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. Precedentes. 6. As razões do agravo interno não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 7. Agravo interno conhecido e não provido. (ARE 1397410 AgR/PR) (BRASIL, 2022b).

Todavia, o Ministro Edson Fachin, integrante do Pretório Excelso, em decisão monocrática proferida posteriormente ao acórdão acima colacionado, conferiu efeito retroativo ao artigo 28-A do Código de Processo Penal em processo que já possuía sentença e acórdão condenatórios quando da vigência da Lei Federal n.º 13.964/2019 (AG. Reg. no *Habeas Corpus* nº 217.275/SP).

A matéria controvertida consiste atualmente em tema afetado ao Pleno do Supremo Tribunal Federal, por força de decisão proferida no HC n.º 185.913/DF pelo Ministro Gilmar Mendes.

O Superior Tribunal de Justiça havia alcançado posicionamento uniforme no sentido do descabimento do acordo de não persecução penal em feitos com denúncia recebida antes da entrada em vigor do Pacote Anticrime. A título de ilustração, trazem-se à baila os seguintes julgados:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL. LIMITAÇÃO TEMPORAL. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA.

PENA PECUNIÁRIA. SITUAÇÃO ECONÔMICA DO RÉU. OBSERVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, por ambas as turmas de direito criminal, unificou entendimento de que o art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), é norma de natureza processual cuja retroatividade deve alcançar somente os processos em que não houve o recebimento da denúncia. 2. No caso dos autos, a denúncia foi recebida em 2/9/2016 (fls. 16-20) e a sentença condenatória foi proferida em 27/11/2017 (fls. 508-552) - antes das alterações promovidas pela Lei n. 13.694/2019. Dessa forma, ao se considerar os marcos temporais mencionados, não havia possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal. [...] 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1931728/PR) (BRASIL, 2022a).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). RECEBIMENTO DA DENÚNCIA EM MOMENTO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 13.964/2019. NEGATIVA DE OFERECIMENTO DO ACORDO PELO PROMOTOR DE JUSTIÇA, ANTE A AUSÊNCIA DE REQUISITO SUBJETIVO. RATIFICAÇÃO PELO ÓRGÃO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO AVALIAR A PERTINÊNCIA DA MOTIVAÇÃO APRESENTADA PELO PARQUET. PRECEDENTES DO STJ. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Como é de conhecimento, A jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça é de que o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia à data de sua vigência. Precedentes (AgRg no HC n. 827.202/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/9/2023, DJe de 22/9/2023). 2. No caso dos autos, o delito foi cometido em 2013 e a denúncia recebida antes da entrada em vigor da norma que introduziu o ANPP - Lei n. 13.964/2019, que passou a vigorar em 23/1/2020. Assim, cumpre destacar, de plano, que não haveria possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal, conforme o atual entendimento desta Corte Superior, quando já recebida a denúncia antes da vigência da referida Lei. Soma-se a isso o fato de que a condenação do paciente transitou em julgado no dia 19/7/2021, mas apenas em 12/9/2023 a nova defesa requereu que fosse oportunizada ao Ministério Público a análise do feito para fins de propositura do acordo de não persecução penal.3. Ainda que assim não fosse, é cediço que o acordo de não persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado, podendo ser proposto pelo Ministério Público conforme as peculiaridades do caso concreto e quando considerado necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção da infração penal.4. In casu, após o exame do caso concreto, o Órgão Superior do Ministério Público Estadual, nos termos do artigo 28-A, § 14, do Código de Processo Penal, insistiu na recusa de oferta do acordo, pois entendeu que o oferecimento do ANPP não seria suficiente para prevenir e reparar o crime (paciente que, ajustado com terceira pessoa não identificada, mediante fraude consistente na troca de cartões bancários, subtraiu expressiva quantia de vítima idosa, que contava com 75 anos na data dos fatos sendo, portanto, muito mais vulnerável), motivo pelo qual o Poder Judiciário, que não detém atribuição para participar de negociações na seara investigatória, não pode impor ao Ministério Público a obrigação de ofertar acordo de não persecução penal. Assim, inexiste nulidade na recusa do oferecimento de proposta de acordo de não persecução penal quando o Parquet, de forma fundamentada, constata a ausência dos requisitos subjetivos legais necessários à elaboração do acordo, visto que este não atenderia aos critérios de necessidade e suficiência em face do caso concreto. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC nº 872.940/SP) (BRASIL, 2023).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). RETROATIVIDADE DA LEI N. 11.964/2019. IMPOSSIBILIDADE. DENÚNCIA OFERECIDA ANTES DA VIGÊNCIA DA REFERIDA LEI. OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. ENTENDIMENTOS CONSONANTES COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA N. 83/STJ. 1. Incide à espécie o óbice da Súmula n. 83/STJ, já que o entendimento do Tribunal local é no mesmo sentido dessa Corte, que é no sentido de que "a retroatividade do art. 28-A do CPP, introduzido pela Lei nº 13.964/2019, revela-se incompatível com o propósito do instituto quando já recebida a denúncia e encerrada a prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, como ocorreu no presente feito" (AgRg no AREsp n. 1.983.450/DF, Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, DJe de 24/6/2022). 2. Com essa premissa, a denúncia foi recebida em 18/6/2015, antes da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019, que ocorreu em 23/1/2020, motivo pelo qual não se mostra cabível a propositura do acordo. [...] 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp nº 2088280/SP) (BRASIL, 2024).

Contudo, a divergência quedou restabelecida na Sexta Turma do Tribunal da Cidadania, que, no julgamento do AgRg no AREsp nº 2.457.226/GO, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, admitiu o cabimento do acordo de não persecução penal em processo cuja ação penal fora recebida antes da vigência do Pacote Anticrime.

Ressalte-se que, no Superior Tribunal de Justiça, a matéria encontra-se submetida ao rito dos recursos repetitivos, ficando a tese representativa da controvérsia delimitada nos seguintes termos: "(im)possibilidade de acordo de não persecução penal posteriormente ao recebimento da denúncia" (Tema n.º 1.098).

Por fim, impende pontuar, com todo respeito, que os votos condutores dos arestos realçados alhures carecem de maior densidade de fundamentação no que concerne ao tema aqui em estudo, já que se extrai deles apenas o posicionamento jurídico adotado por aquelas Cortes de Justiça.

No âmbito do Ministério Público brasileiro, igualmente não existe unanimidade sobre a matéria, pois diferentes unidades do *Parquet* editaram enunciados conflitantes.

O Ministério Público Federal, por exemplo, por meio do Enunciado n.º 98 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, reputou viável o oferecimento de acordo de não persecução penal nos processos que estavam em curso quando da introdução da Lei Federal n.º 13.964/2019.

Em oposição, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, a partir do Enunciado n.º 102, item XII, das Câmaras de Coordenação e Revisão Criminais Reunidas, considerou cabível a celebração de acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei Federal n.º 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

A Lei Federal n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que inseriu o artigo 28-A no Código de Processo Penal, positivando o instituto do acordo de não persecução penal, passou a vigorar em 23 de janeiro de 2020.

Transcorridos mais de quatro anos, urge que os tribunais superiores, sem olvidar das relevantes ponderações trazidas pela literatura jurídica e pelo Ministério Público, resolvam a querela de maneira definitiva, pacificando de uma vez por todas o entendimento sobre as balizas para a retroação da nova medida despenalizadora, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Nesse contexto, a análise da sedimentação dos instrumentos pioneiros da justiça negocial, que ostentam, em muitos aspectos, semelhanças com o instituto do acordo de não persecução penal, possui especial relevância para a solução da questão em foco, consistindo em verdadeiro guia na árdua tarefa de estabelecer o limite temporal para a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal.

Especificamente sobre a suspensão condicional do processo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça firmaram posicionamento no sentido da inaplicabilidade da medida despenalizadora nos feitos com sentença proferida ao tempo da entrada em vigor da Lei Federal n.º 9.099/1995, por não se mostrar o momento processual consonante com a finalidade do instituto criado:

> HABEAS CORPUS. Suspensão condicional do processo penal (art. 89 da Lei 9.099/95). Lex mitior. Âmbito de aplicação retroativa. - Os limites da aplicação retroativa da "lex mitior", vão além da mera impossibilidade material de sua aplicação ao passado, pois ocorrem, também, ou quando a lei posterior, malgrado retroativa, não tem mais como incidir, à falta de correspondência entre a anterior situação do fato e a hipótese normativa a que subordinada a sua aplicação, ou quando a situação de fato no momento em que essa lei entra em vigor não mais condiz com a natureza jurídica do instituto mais benéfico e, portanto, com a finalidade para a qual foi instituído. - Se já foi prolatada sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado, antes da entrada em vigor da Lei 9.099/95, não pode ser essa transação processual aplicada retroativamente, porque a situação em que, nesse momento, se encontra o processo penal já não mais condiz com a finalidade para a qual o benefício foi instituído, benefício esse que, se aplicado retroativamente, nesse momento, teria, até, sua natureza jurídica modificada para a de verdadeira transação penal. Habeas corpus indeferido. (HC 74305/SP) (BRASIL, 1996a).

> HABEAS CORPUS - SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO PENAL (SURSIS PROCESSUAL) - LEI Nº 9.099/95 (ART. 89) - CONDENAÇÃO PENAL JÁ DECRETADA - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEX MITIOR - LIMITES DA RETROATIVIDADE - PEDIDO INDEFERIDO. - A

> suspensão condicional do processo - que constitui medida despenalizadora - acha-se consubstanciada em norma de caráter híbrido. A regra inscrita no art. 89 da Lei nº 9.099/95 qualifica-se, em seus aspectos essenciais, como preceito de caráter processual, revestindo-se, no entanto, quanto às suas conseqüências jurídicas no plano material, da natureza de uma típica norma de direito penal, subsumível à noção da lex mitior. - A possibilidade de válida aplicação da norma inscrita no art. 89 da Lei nº 9.099/95 - que

> dispõe sobre a suspensão condicional do processo penal ("sursis" processual) - supõe, mesmo tratando-se de fatos delituosos cometidos em momento anterior ao da vigência desse diploma legislativo, a inexistência de condenação penal, ainda que recorrível. Condenado o réu, ainda que em momento anterior ao da vigência da Lei dos Juizados Especiais Criminais, torna-se inviável a incidência do art. 89 da Lei nº 9.099/95, eis que, com o ato de condenação penal, ficou comprometido o fim precípuo para o qual o instituto do sursis processual foi concebido, vale dizer, o de evitar a imposição da pena privativa de liberdade. Precedente. (HC 74463) (BRASIL, 1996b).
>
> EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. LEI 9.099/95. ARTS. 89 E 90. SUSPENSÃO DO PROCESSO. INEFICÁCIA DA DECISÃO. INVIABILIDADE.
>
> - A incidência do art. 89, da Lei 9.099/95, está condicionada a não haver sido prolatada sentença condenatória. Precedentes do STF e do STJ. - Embargos de divergência recebidos. (EREsp 126678/DF) (BRASIL, 1998).

Destarte, os tribunais superiores, de modo inequívoco, relativizaram o princípio da retroatividade da lei penal benéfica ao réu, fixando a prolação de sentença condenatória até a vigência da Lei Federal n.º 9.099/1995 como barreira à retroação da *lex mitior* que introduziu a suspensão condicional do processo no ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa quadra, insta ressaltar que a medida despenalizadora prevista no *caput* do artigo 89 da denominada Lei dos Juizados Especiais possui natureza processual e visa a evitar a instrução em juízo, porquanto deve ser ofertada pelo Ministério Público com o ajuizamento da ação penal e, aceita a proposta pelo acusado, o juiz receberá a denúncia e determinará a suspensão do processo, submetendo o denunciado a período de prova.

A aplicação dos citados precedentes à sistemática do acordo de não persecução revela- se plenamente viável, desde que observadas as especificidades do novel instituto, as quais conduzem inexoravelmente à definição de marco diverso para a retroação da lei penal mais benéfica.

O acordo de não persecução penal, consoante explicitado no item anterior, ostenta natureza pré-processual, tendo sido positivado com a finalidade de evitar o oferecimento da ação penal.

Levando em conta tais particularidades, aquilata-se que o recebimento da denúncia (e não a prolação de sentença) anterior à entrada em vigor da lei instituidora exsurge como o limite adequado à incidência retroativa do acordo de não persecução penal.

Com efeito, transpondo os fundamentos contidos no acórdão exarado no *Habeas Corpus* nº 74305/SP pelo Supremo Tribunal Federal acerca da suspensão condicional do processo à disciplina do acordo de não persecução penal, sem descurar da natureza e do escopo do novo instituto, constata-se que "os limites da aplicação retroativa da 'lex mitior' vão além da mera impossibilidade material de sua aplicação ao passado, porquanto ocorrem também ou quando não é possível mais a incidência da lei posterior, embora de caráter retroativo, à falta de correspondência entre a anterior situação do fato e a hipótese normativa à que a sua aplicação está subordinada; ou quando a situação de fato, no momento da entrada em vigor dessa lei, não condiz mais com a natureza jurídica do instituto mais benéfico e, portanto, com a finalidade para a qual foi instituído". Se já foi recebida a denúncia, antes da entrada em vigor da Lei Federal n.º 13.964/2019, não pode ser essa transação pré-processual aplicada retroativamente, "porque a situação em que, nesse momento, o processo penal está já não mais atende a finalidade para a qual o benefício foi instituído, cuja natureza jurídica, se aplicado retroativamente, seria modificada" (BRASIL, 1996a, adaptado).

Deveras, tratando-se de processo com ação penal regularmente recebida ao tempo da vigência do Pacote Anticrime, não se vislumbra razoabilidade em desconsiderar os atos processuais consumados e o estágio procedimental alcançado, retrocedendo com a marcha processual em afronta ao princípio *tempus regit actum*, para oportunizar a incidência de uma medida despenalizadora cujo escopo principal consiste exatamente em evitar a deflagração da persecução penal em juízo.

Portanto, a compatibilização do postulado de retroatividade da lei penal benéfica ao réu com a natureza eminentemente pré-processual do acordo de não persecução penal e à sua finalidade precípua (alternativa à denúncia) permite a solução adequada da controvérsia instalada, mantendo-se a higidez do ordenamento jurídico e respeitando-se os precedentes dos tribunais

superiores consolidados há décadas acerca de outros instrumentos de justiça penal consensual.

6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

O incremento de institutos de justiça penal consensual no ordenamento jurídico pátrio consiste em iniciativa louvável do legislador, sendo a positivação do acordo de não persecução penal exemplo concreto de como a ampliação das possibilidades de realização de negócios jurídicos processuais-penais contribui para a prestação de tutela jurisdicional penal eficiente e adequada.

De fato, a celebração de acordos de não persecução penal induz potencialmente a redução do número de processos alusivos a delitos de médio potencial ofensivo (com pena mínima cominada inferior a quatro anos, cometidos sem violência ou grave ameaça), propiciando a concentração de esforços do sistema de justiça penal nas demandas atinentes a crimes graves. Contudo, o efeito favorável trazido pelo alargamento e pela consolidação da justiça penal negocial no país não autoriza a inobservância do próprio sistema jurídico.

O *caput* e os §§ 8º e 10 do artigo 28-A do Código de Processo Penal indicam a natureza pré-processual do acordo de não persecução penal, ao preverem que o momento adequado para a propositura da referida medida despenalizadora é anterior à persecução em juízo ("não sendo o caso de arquivamento [...], o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal"), assim como que, em caso de recusa de homologação da avença pelo juiz ou de descumprimento das obrigações estabelecidas no pacto, o oferecimento da denúncia será consequência inexorável ("recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para [...] o oferecimento da denúncia"; "descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia").

Os citados dispositivos legais também evidenciam a finalidade precípua do instituto em exame, qual seja, evitar o ajuizamento da denúncia (alternativa ao oferecimento da ação penal).

Acrescente-se que o artigo 28-A do Código de Processo Penal consagra mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, outorgando ao membro do Ministério Público a possibilidade de avaliar a oportunidade e a conveniência de propositura do acordo de não persecução penal, mediante manifestação fundamentada e fielmente observadas as balizas elencadas no próprio comando normativo (princípio da oportunidade regrada).

Lado outro, por contemplar normas de Direito Processual Penal e de Direito Penal, como, por exemplo, o comando que inseriu o artigo 28-A no Código de Processo Penal, a Lei Federal n.º 13.964/2019 possui caráter híbrido, devendo retroagir em benefício do réu (artigo 5º, inciso XL, da Constituição da República, e artigo 2º do Código Penal), mas não de maneira ilimitada.

A natureza pré-processual do acordo de não persecução penal, a finalidade primordial do instituto (evitar a instalação da persecução penal em juízo) e, em última análise, o princípio *tempus regit actum* constituem limites à aplicação do artigo 28-A do Código de Processo Penal aos fatos passados.

A necessidade de conformação entre o cânone da retroatividade penal benéfica e o postulado *tempus regit actum* em inovações legislativas com normas de natureza híbrida, à luz da essência e da finalidade do próprio instituto introduzido, já foi reconhecida de maneira categórica pelo Supremo Tribunal Federal quanto à suspensão condicional do processo, ferramenta de justiça penal consensual análoga ao acordo de não persecução penal.

Gize-se que os precedentes consolidados integram o ordenamento jurídico brasileiro (artigo 927 do Código de Processo Civil), revelando-se imperiosa a sua observância e valorização, em homenagem, sobretudo, ao princípio da segurança jurídica.

Partindo-se de todas essas premissas, afigura-se descabida a propositura do acordo de não persecução penal pelo Ministério Público nos casos em que a denúncia foi recebida anteriormente à vigência da Lei Federal n.º 13.964/2019.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual**: controvérsias e desafios. Salvador: Juspodivm, 2018.

ARAÚJO, Juliana Moyzés Nepomuceno. **Acordo de não persecução penal** – instrumento de concretização do processo penal resolutivo e eficiente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

BEM, Leonardo S.; MARTINELLI, João Paulo O. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 9.099 de 25 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 12.850 de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato 2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 13.964 de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848 de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. **Enunciado n.º 102, inciso XII, das Câmaras de Coordenação e Revisão Criminais Reunidas**. Disponível em: https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/cmaras-de-coordenao--e-revisao-menu/14459-enunciados- criminais. Acesso em: 11 maio 2024.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Enunciado n.º 98 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão.** Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados. Acesso em: 11 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 126678/DF**. Processo Penal. Sentença condenatória. Lei 9.099/95. Arts. 89 e 90. Suspensão do processo. Ineficácia da decisão. Inviabilidade. [...]. Relator Min. José Arnaldo da Fonseca. Brasília: STJ, 1998. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200000929247&dt_publicacao=05/03/2001. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1931728/PR**. Acordo de não persecução penal. Irretroatividade da lei penal. Limitação temporal. Recebimento da denúncia. Violação do art. 619 do CPP. Não ocorrência. Pena pecuniária. Agravo regimental não provido. [...]. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz.

Brasília: STJ, 2022a. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203281352&dt_publicacao=29/03/2023. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 872940/SP**. Acordo de não persecução penal. Recebimento da denúncia em momento anterior à vigência da Lei n. 13.964/2019. Negativa de oferecimento do acordo pelo promotor de justiça, ante a ausência de requisito subjetivo. Agravo regimental a que se nega provimento. [...]. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília: STJ, 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202304315615&dt_pu blicacao=15/12/2023. Acesso em: 7 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 2088280/SP.** Acordo de não persecução penal. Retroatividade da Lei n. 11.964/2019. Impossibilidade. Denúncia oferecida antes da vigência da referida lei. Ofensa ao princípio da identidade física do juiz. Entendimentos consonantes com a jurisprudência desta corte.

Súmula n. 83/STJ. Agravo regimental improvido. [...]. Relator: Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT). Brasília: STJ, 2024. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202302656468&dt_publicacao=1 8/03/2024. Acesso em: 7 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 74305/SP**. Suspensão condicional do processo penal (art. 89 da Lei 9.099/95). Lex mitior. Âmbito de aplicação retroativa.

Habeas corpus indeferido. [...]. Relator: Min. Moreira Alves, 9 dez. 1996. Brasília: STF, 1996a. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur99623/false. Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 74463**. Suspensão condicional do processo penal. Lei n.º 9.099/95. Condenação penal já decretada. Impossibilidade de aplicação retroativa da *lex mitior*. Limites da retroatividade. Pedido indeferido. [...]. Relator: Min. Celso de Mello, 10 dez. 1996. Brasília: STF, 1996b. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1& pageSize=10&queryString=hc%2075200&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 7 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1397410/PR**. Disparo de arma de fogo. Art. 15 da Lei nº 10.826/2003. Materialidade e autoria consignadas pelas instâncias ordinárias. Compreensão diversa. Reelaboração da moldura fática. Procedimento vedado na instância extraordinária. Acordo de não persecução penal. Impossibilidade. Agravo interno conhecido e não provido. [...]. Relatora: Min. Rosa Weber, 23 nov. 2022. Brasília: STF, 2022b. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur472366/false. Acesso em: 13 out. 2023.

CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal** à **luz da Lei 13.964/2019**. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução n.º 181, de 7 de agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/ Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf. Acesso em: 12 out. 2023

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução n.º 183 de 24 de janeiro de 2018**. Altera os artigos 1º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, 15, 16, 18, 19 e 21 da Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-183.pdf. Acesso em: 12 out. 2023.

CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Acordos de não persecução penal e cível.** Salvador: Juspodivm, 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime**. Salvador: Juspodivm, 2020.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Regime jurídico do Ministério Público no processo penal**. São Paulo: Verbatim, 2009.

FISCHER, Douglas. **Não cabe acordo de não persecução penal em ações penais em curso.** 11 de julho de 2020. MSJ – Meu Site Jurídico. Disponível em: https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/07/11/nao-cabe-acordo-de-nao-persecucao-em-acoes-penais- em-curso/. Acesso em: 9 maio 2024.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal** – volume único. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote Anticrime comentado.** São Paulo: Forense, 2020.

PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro. **Acordos de não persecução penal e cível**. São Paulo: Mizuno, 2021.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Acordo de não persecução penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

O *HEARSAY TESTIMONY* COMO PROVA INDIRETA NO TRIBUNAL DO JÚRI E SUA UTILIZAÇÃO NA PROTEÇÃO DO DIREITO À VIDA

CLARA MARIA HOEHNE SEPÚLVEDA

O *HEARSAY TESTIMONY* COMO PROVA INDIRETA NO TRIBUNAL DO JÚRI E SUA UTILIZAÇÃO NA PROTEÇÃO DO DIREITO À VIDA

CLARA MARIA HOEHNE SEPÚLVEDA

RESUMO: O presente artigo, produzido como requisito à conclusão do curso de pós-graduação em Ciências Criminais na Visão do Ministério Público, promovida pelo CEAF MPMG, pretende explorar a prova indireta denominada *hearsay testimony*, a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, de forma reiterada, tem decidido pela sua insuficiência para fins de pronúncia. Destarte, reconhecendo a dificuldade probatória que cerca certos tipos de crime, especialmente o homicídio em contexto de facções criminosas, pretende-se analisar a jurisprudência que vem se formando naquela corte e sugerir critérios para o aproveitamento do testemunho indireto (*hearsay testimony*) na decisão de pronúncia do réu, ainda que de forma excepcional, concretizando-se, assim, o dever estatal de tutela adequada na persecução dos crimes contra a vida.

PALAVRAS-CHAVE: *hearsay*; ouvir dizer; direito probatório; pronúncia.

ABSTRACT: This article, produced as a requirement for completing the postgraduate course in Criminal Sciences from the Public Prosecutor's View, promoted by CEAF MPMG, intends to explore the indirect evidence called hearsay testimony, based on the jurisprudence of the Superior Court of Justice (STJ) , which has repeatedly decided on its insufficiency for pronunciation purposes. Therefore, recognizing the evidentiary difficulties surrounding certain types of crime, especially homicide in the context of criminal factions, we intend to analyze the jurisprudence that has been forming in that court and suggest criteria for the use of indirect testimony (hearsay testimony) in the decision to prosecution of the defendant, even if exceptionally, thus implementing the state's duty of adequate protection in the prosecution of crimes against life

KEYWORDS: *hearsay*; evidentiary law; pronunciation.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO 59

2 - A PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO 59

2.1 - BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL 59

2.2 - ÔNUS PROBATÓRIO 60

2.3 - PROVA DIRETA E INDIRETA 60

3 - A PROVA PARA PRONÚNCIA NO CRIME DE HOMICÍDIO 61

3.1 - PROVA DA EXISTÊNCIA DO CRIME 61

3.2 - INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA OU PARTICIPAÇÃO 62

3.3 - REVISÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE 62
E A NECESSIDADE DE PADRÃO PROBATÓRIO MÍNIMO PARA A PRONÚNCIA

4 - O USO DO HEARSAY TESTIMONY NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO 63

4.1 - HEARSAY TESTIMONY: ORIGEM E CONCEITO 63

4.2 - O HEARSAY TESTIMONY E SUA RELEVÂNCIA NA APURAÇÃO DO CRIME DE HOMICÍDIO 63

4.3 - TESTEMUNHOS DE POLICIAIS 64

4.4 - TESTEMUNHOS DE FAMILIARES DAS VÍTIMAS 65

4.5 - TESTEMUNHOS POR SIMPLES 'OUVIR DIZER' 65

4.6 - POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO SOBRE O HEARSAY TESTIMONY 66

4.7 - REALIDADE BRASILEIRA: DIFICULDADE PROBATÓRIA NOS HOMICÍDIOS 66
RELACIONADOS AO TRÁFICO DE DROGAS, MILÍCIAS E GRUPOS DE EXTERMÍNIO
E O DISTINGUISHING DO STJ, NO AGRG NO
HABEAS CORPUS N.° 810692/RJ (2023/0092424-2)

5 - CRITÉRIOS SUGERIDOS PARA UTILIZAÇÃO DO HEARSAY TESTIMONY 67
COMO PROVA INDIRETA VÁLIDA PARA A PRONÚNCIA

6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS 68

REFERÊNCIAS 68

1 - INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade o estudo da prova indireta que se denominou *hearsay testimony*, especificamente na primeira fase do procedimento bifásico do Tribunal do Júri. E, partindo da jurisprudência que vem se firmando no Superior Tribunal de Justiça (STJ), pela sua inadmissibilidade, realizar um juízo crítico, no sentido de que tal espécie de prova indireta não deve ser simplesmente desprezada, mas, ao contrário, utilizada de forma válida em casos excepcionais, conforme certos padrões probatórios que preservem as garantias e direitos do acusado e o direito da vítima e da sociedade à tutela processual adequada.

A escolha do tema deve-se à nossa experiência prática junto ao Tribunal do Júri, já que, por várias vezes, sustentamos teses acusatórias lastreadas na prova indireta e referencial (*hearsay*), com plena convicção da responsabilidade penal do réu, de maneira especial em casos relacionados a facções criminosas.

Partimos do pressuposto de que o aumento de homicídios relacionados a facções criminosas, praticados no reduto da criminalidade, onde impera a 'lei do silêncio', exige do promotor que atua na jurisdição sumariante uma visão ampla da prova, desgarrando-se dos padrões tradicionais, para, baseado em um juízo lógico, chegar ao mais próximo da realidade histórica do processo e, assim, concretizar o comando constitucional de proteção integral do direito à vida no Tribunal Popular.

Neste trabalho, nos debruçaremos no ônus probatório atinente à primeira fase do rito escalonado do Tribunal do Júri, ou seja, no ônus ministerial de provar a materialidade (existência de um crime doloso contra a vida, tentado ou consumado) e indícios suficientes de autoria criminosa, quando a prova desta última for essencialmente indireta, constituída daquilo que, doutrinariamente, denominou-se de *hearsay testimony.*

Ao final, pretende-se responder ao seguinte questionamento: seria o uso do *hearsay testimony* admitido pelo ordenamento jurídico pátrio, no que toca ao procedimento do júri popular, ou, ao contrário, constituiria prova inidônea para fundamentar o juízo de admissibilidade da acusação (pronúncia), acarretando a impronúncia do réu e/ou a anulação de eventual condenação pelo Conselho de Sentença, na esteira da jurisprudência que se firmou no STJ? E, sendo admitido, seria possível estabelecer padrões mínimos para o seu aproveitamento na decisão de pronúncia?

2 - A PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

2.1 - BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

Conceitualmente, podemos definir prova, em matéria processual penal, como tudo aquilo produzido pelas partes ou ordenado por um juiz, dentro de um processo penal realizado sob o contraditório, que se destina à formação do convencimento sobre determinados fatos. Sua finalidade é o convencimento do juiz, para que ele, destinatário imediato da prova, tome a sua decisão num estado mental de certeza ou de convicção plena.

A doutrina tradicional costuma relacionar a prova ao princípio da busca da verdade real, o qual, no entanto, vem sendo colocado em xeque. A verdade constitui- se elemento subjetivo e, muitas vezes, inalcançável em termos práticos. Portanto, mostra-se equivocada a concepção de que o processo penal chegará à verdade real dos fatos. Essa verdade incontestável e absoluta raramente seria alcançada num processo. Por isso, mostra-se mais correto afirmar-se que o processo penal busca, através da reconstituição histórica dos fatos, realizada através das provas apresentadas ao Juízo, chegar-se à verdade formal, própria do sistema penal acusatório, cabendo às partes (Ministério Público e defesa) gerir a prova que, ao final, será aquilatada pelo magistrado na formação do seu convencimento.

Elucidativas, sobre o ponto, as lições de Badaró (2022, p. 433):

> A prova é apontada como o meio pelo qual o juiz chegará à verdade, convencendo-se da ocorrência ou inocorrência dos fatos juridicamente relevantes para o julgamento do processo. Atualmente, mesmo quem trabalha com a filosofia da consciência, considerada que o conhecimento absoluto da verdade é algo inatingível. O conhecimento que se tem dos fatos e, portanto, da verdade ou não de um enunciado, será sempre relativo. A "verdade" atingida no processo – e também fora dele – nada mais é do que um elevado ou elevadíssimo grau de probabilidade de que o enunciado fático seja verdadeiro, porque os fatos ocorreram conforme as provas demonstram. Por outro lado, a certeza, enquanto aspecto subjetivo da verdade, também é relativa. O

juiz tem certeza de um fato quando, de acordo com as provas produzidas, pode racionalmente considerar que uma hipótese fática é a preferível entre as possíveis. Ou seja, e em linguagem mais simples, o juiz tem certeza quando as provas o fazem acreditar que o seu conhecimento é verdadeiro.

2.2 - ÔNUS PROBATÓRIO

De acordo com a Constituição Federal de 1988, ao Ministério Público incumbe, de forma privativa, a deflagração da ação penal (art. 129, I, CR/88). O *jus puniendi* estatal, portanto, concentra-se nas mãos de um único órgão (Ministério Púbico) que, ao iniciar o processo penal mediante o oferecimento da Denúncia, deverá provar os fatos que constituem o fundamento do seu pedido condenatório. Cumpre, portanto, ao autor privativo da ação penal, a produção da prova quanto à existência do fato típico, ilícito e culpável, sem o qual o Estado não estará legitimado a impor, de forma coercitiva, uma pena privativa de liberdade ao cidadão infrator da lei.

O acusado, que ocupa uma posição passiva dentro do processo penal, não tem o ônus de provar que não fora autor do crime que o Ministério Público o acusa de ter praticado. Não se pode exigir do acusado a produção de provas negativas, mas, no entanto, se ele alegar um estado de legítima defesa, por exemplo, ou qualquer outra causa que exclua a sua responsabilidade penal, incumbir-lhe-á a sua prova.

O ônus probatório – ou atividade probatória - no sistema processual penal brasileiro, de natureza acusatória, incumbe às partes (Ministério Público e defesa), muito embora haja previsão de o juiz, em determinadas hipóteses, ter iniciativa probatória, como, por exemplo, quando realiza perguntas sobre pontos não esclarecidos às testemunhas durante a instrução processual (art. 212, p. único, CPP). No que tange ao Tribunal do Júri, o ônus probatório que recai sobre a acusação é ainda maior. Isso porque, o procedimento bifásico pressupõe que o Ministério Público terá de provar, num primeiro momento, a materialidade e indícios suficientes de autoria, para que o julgador emita um juízo de admissibilidade da acusação, submetendo o réu a julgamento (pronúncia – art. 413 do CPP); e, num segundo e último momento, a prova da materialidade e da autoria criminosa, sem as quais não poderá o Conselho de Sentença acolher a sua pretensão acusatória. Vê- se, assim, que há uma gradação quanto ao nível de certeza que recai sobre a prova produzida pelo Ministério Público no que tange aos crimes dolosos contra a vida, notadamente quanto à autoria, já que, na primeira fase, contenta-se o legislador com indícios suficientes, mas na segunda exige prova acima de dúvida razoável, quanto à autoria criminosa e outros elementos do crime (como dolo e qualificadoras, por exemplo).

2.3 - PROVA DIRETA E INDIRETA

São vários os tipos indicados pela doutrina quanto à classificação das provas. Contudo, por guardar pertinência com o nosso trabalho, trataremos da classificação que leva em conta a relação do meio probatório, se direto ou indireto, com o fato que se pretende provar.

A prova direta, como o próprio nome já esclarece, refere-se diretamente ao fato probando, sem a intermediação de outros fatos. Há, na prova direta, uma relação imediata entre o meio probatório e o fato que se pretende provar. É o caso, por exemplo, das testemunhas visuais ou presenciais, isto é, daquelas pessoas que presenciam o exato momento em que o réu pratica o crime. Exemplificativamente, constitui prova direta o depoimento de testemunha que presencia o exato momento em que o réu efetua os disparos de arma de fogo que ceifam a vida da vítima. Atualmente, com o uso de tecnologias para monitoramento de locais públicos, especialmente nos grandes centros urbanos, podemos apontar também como prova direta as imagens, captadas por sistemas de videomonitoramento (câmeras residenciais ou públicas, como as do programa Olho Vivo, adotado no estado de Minas Gerais) como exemplo de prova direta, quando captam imagens do crime em sua execução.

Já as provas indiretas são aquelas que se referem a um outro acontecimento que, por um processo lógico, conduz ao fato principal – este, sim, objeto da prova. Também pode ser denominada como prova indiciária ou circunstancial, já que é formada por outros fatos relacionados ao fato que se pretende demonstrar, e, somente a partir de processos lógicos (inferências, deduções), que levarão a uma conclusão ou não sobre ele.

Cita-se como exemplo de prova indireta, o depoimento de testemunha que, embora não tenha visualizado o momento em que o réu efetuara os disparos de arma de fogo contra a vítima, o vê deixando o local do crime, em fuga, sujo de sangue e carregando consigo a arma usada no homicídio.

Contudo, conforme ponderado por Gomes (2021, p. 81), a prova do crime de homicídio envolve questões mais complexas. Assim, a materialidade do crime de homicídio – demonstrada pelo relatório de necropsia, espécie de prova direta, confeccionada à vista do cadáver – dificilmente admitirá prova indireta, diante da grande possibilidade de erro judiciário. A prova indireta poderá, eventualmente, demonstrar a materialidade do crime de homicídio (como no caso do 'goleiro Bruno', condenado por homicídio qualificado, ocultação de cadáver, sequestro e cárcere privado, embora o corpo da vítima, Elisa Samúdio, nunca tenha sido encontrado e periciado), mas deverá ser revestida de um poder de convicção extremamente forte.

Já outras questões atinentes ao crime de homicídio, como o dolo de matar, a autoria criminosa e as qualificadoras, poderão ser provadas pela prova indireta com maior facilidade, embora ensejem ampla discussão quanto a sua credibilidade para demonstrar o fato probando.

Importante ressaltar, porém, que embora a prova direta possa ter, aparentemente, maior força probatória que a prova indireta, o que induz a um certo 'preconceito' com relação às provas indiretas, de acordo com o sistema probatório adotado pelo CPP (livre persuasão racional do juiz), todas as provas possuem valor relativo e, não havendo hierarquia entre elas, poderão formar a convicção do julgador, independentemente de serem diretas ou indiretas.

3 - A PROVA PARA PRONÚNCIA NO CRIME DE HOMICÍDIO

3.1 - PROVA DA EXISTÊNCIA DO CRIME

Dispõe o art. 413 do CPP que: "o juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação".

Da literalidade deste dispositivo extrai-se que a decisão de pronúncia, que constitui um filtro quanto à imputação do crime doloso contra a vida, deverá consignar, de modo fundamentado, o convencimento do juiz presidente do tribunal do júri quanto à materialidade e quanto à presença de indícios suficientes de autoria ou participação do réu em crime doloso contra a vida.

O delito de homicídio é crime de resultado e, portanto, exige-se prova material da sua ocorrência, que sói ser produzida mediante o exame cadavérico da vítima (caso do homicídio consumado).

A materialidade, no crime de homicídio consumado, é demonstrada à vista do cadáver com evidências de uma morte violenta provocada por ação humana externa; na tentativa cruenta, por exame de corpo de delito que ateste a ocorrência de ofensa corporal não fatal na vítima; e, em caso de tentativa incruenta (ou branca), cinge-se à demonstração de que o réu iniciou o crime de homicídio, adentrando nos atos executórios, mas que, por circunstâncias que fugiam ao seu domínio, não o consumou, sendo tal prova, geralmente, produzida oralmente (por exemplo, réu efetua disparos contra a vítima, mas não a atinge, o que é confirmado pela prova oral, consistente nos depoimentos da vítima e de testemunhas).

A prova da materialidade no crime de homicídio é direta, ou seja, produzida diretamente sobre o fato probando (cadáver da vítima, corpo da vítima sobrevivente ou testemunhas da tentativa branca).

Conforme já comentado neste trabalho, a materialidade do crime de homicídio consumado, excepcionalmente, poderá ser demonstrada por meio de prova indireta, desde que a prova, neste caso, revista-se de grau de confiabilidade tal que convença o magistrado de que uma vida fora tombada, embora não se tenha sequer o cadáver da vítima. É o caso, tão comum nos dias de hoje, de execuções relacionadas ao narcotráfico, em que membros de facções criminosas extremamente violentas, detentores de grande expertise na eliminação de corpos, desaparecem com os cadáveres das vítimas, que nunca são localizados pela Polícia Judiciária. Nestes casos extremos, a prova indireta, constituída por testemunhos, cruzamento de ERB´s (estações de rádio base) com a localização da vítima e do réu no dia do crime, interceptação telefônica, dentre outros, desde que coesa e confiável, poderá demonstrar a existência do crime doloso contra a vida.

3.2 - INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA OU PARTICIPAÇÃO

A palavra indício, no Código de Processo Penal, é utilizada com dois significados distintos. Numa primeira acepção, indício é sinônimo de prova indireta, isto é, constitui-se um dado objetivo que serve para confirmar ou negar uma asserção a respeito de um fato que interessa a decisão judicial. Na segunda, é considerado como prova semiplena, consistente em elemento de prova mais tênue, com menor valor persuasivo (LIMA, 2020, p. 1.469). É com este significado que a palavra indício é utilizada pelo legislador no art. 413 do CPP, quando se refere aos elementos probatórios necessários para a submissão do réu a julgamento perante o Tribunal do Júri. Ainda de acordo com as lições de Lima (2020, p. 1.469):

> Na medida em que o próprio *caput* do art. 413 se refere ao convencimento da materialidade, percebe-se que, no tocante à existência do delito, exige-se um juízo de certeza quando da pronúncia. No tocante à autoria, todavia, exige o Código de Processo Penal apenas a presença de *indícios suficientes* de autoria. Em outras palavras, em relação à autoria ou participação, não se exige que o juiz tenha certeza, bastando que conste dos autos elementos informativos ou de prova que permitam afirmar, no momento da decisão, a existência de indício suficiente, isto é, a probabilidade de autoria.
>
> Portanto, para fins de pronúncia, e de modo a se evitar que alguém seja exposto de maneira temerária em um julgamento perante o Tribunal do Júri, ainda que não seja exigido um juízo de certeza quanto à autoria, é necessária a presença de, no mínimo, algum elemento de prova, ainda que indireto ou de menor aptidão persuasiva, que possa autorizar pelo menos um juízo de probabilidade acerca da autoria ou da participação do agente no fato delituoso. Apesar de não se exigir certeza, exige-se certa probabilidade, não se contentando a lei com mera possibilidade.

A prova produzida durante a primeira fase do procedimento bifásico poderá ter um grau de convencimento menor que aquele necessário para a condenação, visto que, para a pronúncia, não se exige prova além da dúvida razoável, tendo o legislador se contentado com a prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria ou participação para submeter o réu a julgamento perante o Tribunal do Júri.

3.3 - REVISÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO SOCIETATE* E A NECESSIDADE DE PADRÃO PROBATÓRIO MÍNIMO PARA A PRONÚNCIA

Conforme já esclarecido, a pronúncia encerra um juízo de certeza quanto à existência de um crime doloso contra a vida, e de probabilidade de que o réu tenha sido seu autor ou partícipe.

Por não exigir um juízo de certeza quanto à autoria ou participação, é comum encontrarmos, na doutrina e na jurisprudência, a assertiva de que, em caso de dúvida, o julgador deverá pronunciar o réu, submetendo-o a julgamento perante o povo. É neste sentido que foi, durante muito tempo, interpretado o princípio *in dubio pro societate*, uma regra probatória segundo a qual, na dúvida, o réu deveria ser pronunciado e julgado pelos seus pares.

Ocorre que na decisão de pronúncia, ainda que mediante fundamentação sucinta, para não influenciar o julgador natural (o povo), o juiz sumariante deverá fazer um cotejo das provas incriminatórias e das não-incriminatórias. Colocando-as em uma balança imaginária, deverá perquirir quais as provas que, no caso concreto, prevalecem. Se as provas incriminatórias, ainda que sem juízo de certeza, prevalecerem sobre as não-incriminatórias, deverá o juiz pronunciar o réu, atendando- se para a regra do art. 413 do CPP, segundo a qual, havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, o réu deverá ser levado a julgamento popular.

Daí que a concepção do princípio *in dubio pro societate* - segundo a qual, em caso de dúvida, o juiz deve pronunciar o réu - encontra-se superada, vez que, para emitir o juízo de admissibilidade da acusação, deverá existir um padrão probatório mínimo no sentido da culpabilidade do réu, sem o qual o juiz deverá, naquela fase processual, impronunciar ou mesmo absolver sumariamente o acusado.

Assim, o Ministério Público, detentor do ônus acusatório, deverá se desincumbir, durante a primeira fase do procedimento do júri, de demonstrar a probabilidade (e não mera possibilidade) de que o réu, agindo dolosamente, atentou contra a vida de outrem, sem o que a acusação mostrar-se-á temerária, reclamando, desde já, a impronúncia ou absolvição do réu.

Nesta linha interpretativa que, hodiernamente, a própria existência do princípio *in dubio pro societate* vem sendo duramente questionada, já que não possui previsão legal ou constitucional, tratando-se de construção doutrinária e jurisprudencial que não se harmonizaria com o Estado democrático de direito.

Por isso, o STJ não tem poupado críticas à utilização do princípio *in dubio pro societate*, conforme se verifica em seus julgados mais recentes. A 6ª Turma daquele sodalício, inclusive, baniu de seu léxico o *in dubio pro societate*, por entender que a pronúncia exige um *standard* probatório próprio, não se confundindo com a sentença condenatória, mas que, nem por isso, abdica da existência de provas que demonstrem como provável a hipótese acusatória ventilada na Denúncia[1].

4 - O USO DO *HEARSAY TESTIMONY* NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

4.1 - *HEARSAY TESTIMONY*: ORIGEM E CONCEITO

O *hearsay testimony*, ou testemunho de ouvir dizer, segundo tradução literal, possui suas origens no direito anglo-americano, no qual, no entanto, não é admitido como prova, devido à impossibilidade de autenticação do depoimento indireto, sendo comum a assertiva de que "no direito americano vale (...) o princípio *hearsay is no evidence*", conforme pontuado por Vale e Santos *apud* Loureiro (2017, p. 4).

As "Regras Federais de Prova" (*Federal Rules of Evidence*), do Direito norte- americano, definem o *hearsay* como uma manifestação (*statement*) que o declarante não efetua testemunhando num julgamento oral ou em uma audiência judicial (*hearing*), mas que é oferecida como evidência para provar a verdade da questão que se apresenta na manifestação. Essa manifestação pode ser oral, escrita, ou mesmo o comportamento não verbal de uma pessoa, desde que seja feita para afirmar algo. Segundo tais regras, quatro elementos compõem o *hearsay*:

> 1) da perspectiva do declarante, que seja uma manifestação em que se afirma algo; 2) que essa manifestação venha de um declarante e não de quem testemunha no processo; 3) que a manifestação não tenha sido efetuada no julgamento ou em uma audiência judicial (isto é, que seja uma manifestação *out-of-court*); 4) da perspectiva da parte que oferece a prova, que haja uma finalidade de provar a verdade do fato afirmado na manifestação (VARELA, 2016, p. 4).

Contudo, em países como o Brasil, que adotam o *civil law*, inexiste regra semelhante que proíba o uso do *hearsay testimony*. Trata-se de espécie de prova indireta, em que a testemunha depõe sobre declarações feitas por outra pessoa, mas que, por dizerem respeito ao fato probando, são apresentadas para provar a veracidade do que foi afirmado.

Neste trabalho, não trataremos como *hearsay testimony* meras presunções ou suposições sobre autoria ou participação, construídas a partir de boatos ou 'disse me disse', que invadem a narrativa popular e, por isso, não são detentoras de qualquer crédito. Consideraremos como *hearsay testimony*, apenas, as provas indiretas (ou circunstanciais) importantes, revestidas de grau de confiabilidade e verossimilhança, sobre fatos relevantes que, ainda que não digam diretamente sobre o fato probando, levem, mediante um raciocínio lógico, ao convencimento quanto a existência ou não dele.

Por aumentar a chance de um erro judiciário, o *hearsay testimony* deve ser acolhido como prova desde que atendidos alguns requisitos (ou *standards* probatórios). Sua rejeição, imediata e integral, segundo ocorre nos sistemas que adotam o *common law*, nos parece açodada e incompatível com a busca da justiça e, no caso específico do homicídio, com o princípio da plenitude da tutela da vida.

4.2 - O HEARSAY TESTIMONY E SUA RELEVÂNCIA NA APURAÇÃO DO CRIME DE HOMICÍDIO

Inicialmente, é necessário repisar que tentaremos, neste trabalho, erigir padrões para uso da prova indireta denominada *hearsay testimony* na primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri, em que se busca prova quanto à existência e indícios suficientes de autoria/participação no crime de homicídio doloso.

1 Neste sentido, o paradigmático REsp 2.091.647/DF, da 6ª Turma, de relatoria do Ministro Rogério Schetti Cruz, julgado em 26.09.23.

O crime de homicídio, previsto no art. 121 do CP, no capítulo de abertura dos crimes em espécie, é assim definido por Hungria *apud* Cunha (2020, p. 45):

> O Homicídio é o tipo central de crimes contra a vida e é o ponto culminante na orografia dos crimes. É o crime por excelência. É o padrão da delinquência violenta ou sanguinária, que representa como que uma reversão atávica às eras primevas, em que a luta pela vida, presumivelmente, se operava com o uso normal dos meios brutais e animalescos. É a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada.

Devido à especial gravidade do crime de homicídio, é necessário que o Estado se desincumba do ônus de instruir adequadamente o processo penal em que o apura, coletando provas, sob o manto do contraditório e da ampla defesa, quanto à responsabilidade criminal daquele que viola o preceito primário do art. 121 do CP.

Se por um lado o Estado deve respeitar os direitos e garantias do cidadão processado, assegurando-lhe, durante toda a persecução penal, a obediência ao devido processo legal adjetivo, sendo-lhe vedada a prática de excessos em seu detrimento, do outro, o Estado não pode gerar uma proteção deficiente dos direitos e garantias societários. Deve o Estado valer-se de todas as provas legalmente admitidas e moralmente aceitas, para não deixar que a impunidade sagre, também, na seara dos crimes dolosos contra a vida.

Uma forma de maximizar a efetividade da tutela penal, no tocante ao crime de homicídio, é utilização, na fase do sumário, desde que preenchidos alguns requisitos, do *hearsay testimony* para admitir a acusação e submeter o réu a julgamento perante o Tribunal do Júri.

4.3 - TESTEMUNHOS DE POLICIAIS

Quando ocorre um crime violento, os primeiros a chegar à cena do crime, geralmente, são os policiais militares. Pela facilidade de deslocamento – já que fazem patrulhamento ostensivo e preventivo de forma ininterrupta – bem como pela rápida comunicação por meio de rádios transmissores, a polícia militar consegue deslocar- se rapidamente para a cena do crime e, com grande frequência, coletar informações preciosas para a investigação e para a futura ação penal.

Assim, os policiais militares conseguem identificar testemunhas, qualificando- as no boletim de ocorrência, bem como colher relatos de populares que se encontravam nas adjacências e que lhe prestaram informações sobre os fatos (dinâmica, autoria, motivação).

Também ocorre de os policiais militares chegarem ao local do crime antes mesmo do serviço médico de atendimento de urgência (SAMU). Não raro, os policiais conseguem conversar com a vítima antes dela receber os primeiros socorros, quando colhem informações sobre os fatos e quanto à autoria, registrando-as no boletim de ocorrência ou em relatório de investigação. Do mesmo modo age a Polícia Judiciária desde o início da investigação, sendo comum o deslocamento de equipes de investigadores até o local do crime, onde conseguem angariar valiosos elementos para a investigação em curso.

Em regiões em que a criminalidade é especialmente acentuada, com domínio de facções criminosas, em que as testemunhas se ocultam, omitem informações e se recusam a prestar depoimento formal, por medo justificado de represálias, ainda assim há aquelas que concordam em conversar com os policiais logo após o crime e que chegam a prestar depoimento posteriormente, para a Polícia Judiciária. Contudo, na fase judicial, retratam seus depoimentos, adotando posturas contrárias ao descobrimento da verdade.

Essas informações, prestadas pela vítima sobrevivente ou por testemunhas (que, posteriormente, vem a retratar-se), que fornecem elementos preciosos aos policiais na cena do crime e posteriormente durante o inquérito policial, devem ser simplesmente desprezadas, sob a alegação de que se tratam de mero 'ouvir dizer', mesmo quando reproduzidas, em juízo, pelos policiais que as colheram? Entendemos que não.

A resposta, segundo pensamos, está no art. 203, *in fine*, do CPP.

Assim como qualquer outra testemunha, o policial que é arrolado para prestar depoimento em juízo, após ser devidamente compromissado, declarará sobre os fatos de que sabe, expondo as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se sua credibilidade. Quando prestar depoimento indireto, deverá o policial revelar como tomou conhecimento sobre o fato que afirma, o que viu, ouviu, de quem ouviu

e qual a relação entre aquilo que percebeu e o que declara, deixando ao julgador, destinatário da prova, extrair suas conclusões, segundo o grau de confiabilidade e credibilidade que tal depoimento possui. Em todo o caso, o policial deverá informar de quem obteve as informações (caso em que reproduz, por exemplo, a versão dada por uma vítima ou por uma testemunha direta na fase policial), informando ao julgador a fonte.

Desprezar os relatos extrajudiciais de vítimas e testemunhas, ainda que posteriormente retratadas em juízo, sem considerar o contexto em que essas pessoas estão inseridas (contexto de criminalidade, domínio de facções, regiões vulneráveis e com pouca ou nenhuma presença do Estado), e sobretudo desconsiderar o depoimento do policial que conversou com a vítima/testemunha antes da retratação, é premiar a conduta daqueles que afrontam a justiça, oprimindo quem mais sente as consequências da criminalidade violenta e recompensando os autores do crime mais brutal e odioso com a medalha da impunidade.

Por isso, entendemos que os depoimentos dos policiais, quando atestam o contato com a vítima ou testemunha ocular, reafirmando que estas deram declarações sinceras em sua presença e que se mostraram verossímeis e coerentes com os demais elementos de prova, devem ser aproveitados, como prova indireta válida - *hearsay testimony* - para que o julgador possa delas valer-se, segundo o grau de confiabilidade que possuem, especialmente para exarar um juízo positivo de admissibilidade da acusação (pronúncia).

4.4 - TESTEMUNHOS DE FAMILIARES DAS VÍTIMAS

Algo comum no tocante aos crimes dolosos contra a vida é a ausência de testemunhas. Quando elas existem, muitas vezes são familiares das vítimas e, portanto, únicas pessoas aptas a contribuir com a reconstrução da verdade.

O artigo 202 do CPP reza que, no processo penal, toda pessoa poderá ser testemunha. Com relação aos familiares do réu, o CPP dispôs que poderão recusar- se a depor o seu ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo. Nada previu a legislação quanto ao depoimento dos familiares da vítima.

Por uma razão lógica, os familiares da vítima não são compromissados a falar a verdade. Seus vínculos com a vítima, o luto, o natural desejo de vingança, são como vendas nos olhos destas testemunhas e, por isso, seus depoimentos devem ser interpretados *cum grano salis*. Porém, jamais desprezados ou descartados, haja vista a importância dos seus relatos, sobretudo quando inexistem outras testemunhas capazes de elucidar o crime.

Outrossim, há casos que embora não tenham testemunhado diretamente os fatos, os familiares da vítima dão importantes informações à Polícia Judiciária e ao Ministério Público sobre o homicídio, relatando, por exemplo, sobre possíveis desentendimentos entre a vítima e o acusado antes dos fato, existência de ameaças pretéritas ou outros fatos que tiveram conhecimento através de terceiros, e que, por coerência com as outras provas do processo, mostram-se válidas para fortalecer o conjunto de provas incriminatórias. Ignorar os depoimentos e informações trazidas por estes familiares, que estão próximos dos fatos e dos atores envolvidos no trágico enredo que culminou com a morte de um ente querido, ainda que sem terem tido contato direto com o fato probando, é fechar as portas para o descobrimento da verdade dos fatos e concretização da justiça.

4.5 - TESTEMUNHOS POR SIMPLES 'OUVIR DIZER'

De forma equivocada, o *hearsay* tem sido tratado como sinônimo de simples 'ouvir dizer', boato, especulação. Essa interpretação do *hearsay* o reduz de tal forma que, realmente, não poderia ser aproveitado em nenhuma hipótese.

Releva diferenciar o testemunho indireto que tratamos como *hearsay testimony* do simples 'ouvir dizer', este consistente em relatos que reproduzem informações extraídas de fontes desconhecidas, muitas vezes infundadas, que circulam em um determinado público e que não são revestidas de qualquer credibilidade. O testemunho de 'ouvir dizer' dado por aquele que ouviu, na comunidade em geral, que o réu foi o autor do homicídio, não pode ser admitido como prova, nem para pronúncia, muito menos para a condenação.

4.6 - POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO SOBRE O *HEARSAY TESTIMONY*

O STJ vem utilizando em seus julgados, cada vez com maior frequência, termos e expressões extraídas do direito norte-americano. O termo *hearsay* é utilizado com constância por aquela corte, não obstante tratando-o como sinônimo de 'ouvir dizer', em definição literal e simplista do tema, ou em referência a prova indireta (caso dos depoimentos de policiais), ou como prova inquisitorial, o que reduz o significado e alcance jurídico do termo, além de trazer confusão e ambiguidade sobre o assunto. Em julgado de 2021 (AgRg no HC 668.407/RS), o STJ entendeu como insuficiente para a pronúncia a prova judicial que reproduz, por simples 'ouvir dizer', a prova inquisitorial. Isto é, inadmitiu como prova válida e apta à pronúncia do réu, referências a elementos colhidos exclusivamente na fase extrajudicial. No precedente citado, o STJ interpretou *hearsay* como sinônimo de prova não judicializada, isto é, não produzida em sede de contraditório e sob o amparo do devido processo legal.

Em outros julgados o STJ considerou o *hearsay testimony* como sinônimo de 'ouvir dizer'. No AgRg no HC n. 850.017/MA, da 5ª Turma, a corte decidiu que a pronúncia não poderia lastrear-se nos depoimentos judiciais de testemunhas, familiares da vítima, que apesar de estarem na residência onde o delito ocorreu, não viram o autor dos disparos, que os efetuou através de um buraco existente na parede do imóvel. Argumentou-se que em tais depoimentos, as testemunhas limitaram-se a declarar suas conclusões pessoais, inferidas do fato de a vítima e réu possuírem desavenças anteriores e deste ter sido visto próximo ao local do delito, o que não constituiria indício necessário de autoria para fundamentar a decisão de pronúncia.

E no Agravo em Recurso Especial nº 1.940.381 – AL (2021/0242915-6), o STJ assentou a total imprestabilidade do testemunho indireto, prestado por policiais e por bombeiros, que, tendo chegado ao local do crime depois da briga (da qual resultou suposto ato infracional análogo a tentativa de homicídio) conversaram com testemunhas diretas, que presenciaram a discussão e briga, e que posteriormente reproduziram, em juízo, suas narrativas. Neste julgado específico, o STJ chegou a firmar tese no sentido de que o *hearsay testimony*, ou 'ouvir dizer', tratado como sinônimo de testemunho indireto, não é apto a comprovar a ocorrência de nenhum elemento do crime e, por conseguinte, não serve para embasar o juízo condenatório. Reduziu a utilidade do *heasrsay testimony* para indicar ao juízo a existência de eventuais testemunhas referidas, nos termos do art. 209, §1°, CPP, desprezando todo o conteúdo eventualmente declarado pela testemunha indireta nestas condições.

Como facilmente se percebe, afasta-se o STJ, principal importador da expressão *hearsay*, do significado jurídico a expressão, utilizando-se ora como sinônimo de prova inquisitorial, ora como mero 'ouvir dizer' ou boatos, ora como prova indireta, mas sempre como espécie de prova que não pode ser considerada como fundamento para acolhimento da tese acusatória (pronúncia ou condenação). Tal visão, contudo, afronta ao dever constitucional de plenitude da defesa da vida, mormente quando, num determinado contexto, a prova possível de ser produzida seja, exclusivamente, aquela colhida por meios indiretos – caso do *hearsay testimony*.

4.7 - REALIDADE BRASILEIRA: DIFICULDADE PROBATÓRIA NOS HOMICÍDIOS RELACIONADOS AO TRÁFICO DE DROGAS, MILÍCIAS E GRUPOS DE EXTERMÍNIO E O *DISTINGUISHING* DO STJ, NO AGRG NO *HABEAS CORPUS* N.º 810692/RJ (2023/0092424-2)

Como vimos, o STJ vem, em seus julgados, firmando a tese de que, em nenhuma hipótese, o *hearsay* poderá servir como fundamento para a pronúncia, quiçá para a condenação do réu.

No entanto, em julgado recente, estabeleceu o *distinguishing*, reconhecendo a possibilidade de utilização do *hearsay testimony* em casos de extrema dificuldade probatória, que envolvem homicídios relacionados ao tráfico de drogas, milícias e grupos de extermínio. Vejamos trecho da ementa do relevante julgado:

> (...)
>
> 3. Adentrando ao mérito, verifica-se que apesar de nenhuma testemunha ocular ter sido ouvida perante o juízo, diante das peculiaridades do caso, entendo não assistir razão à defesa, isso porque, extrai-se dos autos que todas as pessoas da comunidade tinham medo ou pavor dos denunciados, que integravam um grupo extremamente temido pela comunidade,

> visto que agiam, habitualmente, como grupo de extermínio, matando "sem medo nenhum de represália por parte da polícia", de "cara limpa". 4. Ademais, consta dos autos, que uma testemunha, atuando como policial civil, esteve no local dos fatos no dia seguinte aos assassinatos e que escutou de diversas pessoas que os acusados foram os autores do delito, o que se confirmou no decorrer das investigações, porém, em razão do medo generalizado na comunidade do referido grupo de extermínio, nenhuma das testemunhas oculares prestou depoimento na delegacia. Ressalta que várias pessoas sabiam da autoria delitiva, mas que todas tinham medo ou pavor dos acusados, razão pela qual se negaram a prestar depoimento. 5. Apesar da jurisprudência desta Corte entender pela insuficiência do testemunho indireto para consubstanciar a decisão de pronúncia, entendo, excepcionalmente, que o presente caso, em razão de sua especificidade, merece um distinguishing, pois extrai-se dos autos que a comunidade tem pavor dos denunciados, tendo em vista que eles constituem um grupo de extermínio com atuação habitual no local, razão pela qual não se prestaram a depor perante as autoridades policial e judicial. 6. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 810692/RJ) (BRASIL, 2023b).

Muito embora se trate de um *distinguishing*, na prática existe dificuldade probatória por parte do Estado, quando os crimes de homicídios envolvem facções criminosas voltadas à narcotraficância (os chamados 'narcocídios'), praticados por milícias, grupos de extermínio e/ou que ocorrem em locais em que a ausência do aparato estatal é mais notória, deixando a comunidade desprotegida e, portanto, refém de seus malfeitores. Nesse cenário tão obscuro, testemunhas diretas de crimes de homicídio, ou familiares de vítimas, preferem se calar para não se tornarem a próxima vítima, deixando o Estado, responsável pela investigação e pela persecução em juízo, carente de qualquer prova direta. Em tais circunstâncias, as testemunhas de assassinato parecem adotar as posturas relacionadas às advertências dos três macacos sábios da cultura oriental (nada vi, nada ouvi, e por isso nada digo), fazendo silêncio probatório para não se tornarem vítimas do silêncio tumular (NOVAIS, 2022, p. 328/329).

No *distinguishing*, o STJ admitiu o testemunho indireto de policial civil que participou das investigações, esteve no local do crime no dia seguinte e conversou com testemunhas oculares e com diversas pessoas da comunidade, que por medo de represálias não prestaram depoimento na delegacia de polícia. Avalizou, assim, o testemunho do policial civil, ponderando que, na comunidade palco do crime, várias pessoas sabiam da autoria criminosa, mas todas elas, sem exceção, tinham medo ou pavor dos acusados, integrantes de grupo de extermínio com atuação habitual no local e que, cientes do medo que impunham àquela comunidade, matavam de 'cara limpa', sem nenhum medo de represália por parte da polícia.

Para essas situações, entendemos necessária a ampliação do espectro do uso do *hearsay testimony*, para que os testemunhos indiretos, prestados geralmente por policiais que colheram das testemunhas diretas a narrativa do fato, não sejam simplesmente desprezados, sob a tradução literal de que se tratam de meros testemunhos de 'ouvir dizer'. Para tanto, porém, reconhecemos como necessária a construção de um padrão probatório, que leve em consideração alguns aspectos do testemunho indireto para a sua validação, ao menos para a pronúncia do réu.

5 - CRITÉRIOS SUGERIDOS PARA UTILIZAÇÃO DO *HEARSAY TESTIMONY* COMO PROVA INDIRETA VÁLIDA PARA A PRONÚNCIA

No direito norte-americano, o *hearsay rule* é regra que limita a prova testemunhal. A principal razão pela qual o *hearsay* não é admitido no direito norte- americano reside na impossibilidade de autenticação do conteúdo da declaração dada pela testemunha, partindo da premissa de que a informação trazida por quem que não tomou conhecimento do fato pelos seus sentidos é carente de credibilidade, já que não pode ser confrontada ou escrutinada.

No Brasil, não há regra similar que proíba o uso do *hearsay*. Contudo, por aumentar as chances de um erro judiciário, o *hearsay* pode (e deve) ser usado desde que atendidos certos padrões probatórios, que trarão ao testemunho indireto maior grau de credibilidade e confiabilidade.

Como já delineado, o *hearsay testimony* é aqui tratado como espécie de prova indireta, em que uma testemunha, mesmo sem ter tido contato direto com o fato probando, dele tomou conhecimento por outros meios, fazendo suas declarações com base na narrativa colhida de quem presenciou e, assim, tomou conhecimento do fato pelos seus próprios sentidos.

Como é cediço, há casos em que a prova indireta – *hearsay testimony* – é a única que se apresenta dentro da realidade processual possível. Assim, desde que obtida por meio de esforços razoáveis e revestida de grau de confiabilidade quanto às condições de sua obtenção, o depoimento indireto poderá ser admitido, ainda que de forma excepcional, para a pronúncia do réu e sua submissão a julgamento pelo Tribunal da Vida.

Os processos criminais que envolvem o crime doloso contra a vida já revolvem uma maior dificuldade probatória, notadamente quando o crime se dá em contexto de facções criminosas ou quando ocorre em localidades dominadas por estes grupos. Nestes processos, a prática revela que, mesmo quando os homicídios são cometidos à luz do dia, 'de cara limpa' e em locais públicos, testemunhas diretas (de viso, oculares, presenciais) não depõem sobre os fatos, por medo de represálias.

Quando muito, essas testemunhas, no transcorrer das investigações, conversam com policiais e, de forma anônima, prestam-lhes importantes informações sobre o crime, especialmente sobre a autoria, que, no decorrer das investigações, mostram-se lógicas e coerentes com os demais elementos probatórios angariados.

Em muitos casos, como nenhuma testemunha comparece à delegacia de polícia para prestar declarações (ou quando comparece, posteriormente se retrata em juízo), resta o depoimento do policial que, em juízo, relata aquilo que soube, explicando as razões de sua ciência e as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se sua credibilidade.

O depoimento do policial, prestado em tais circunstâncias, pode e deve ser aproveitado, sobretudo quando se tratar de decisão de pronúncia, que exige um *standard* probatório de probabilidade (e não de certeza) quanto à autoria de um crime doloso contra a vida. O mesmo vale quanto ao depoimento de um familiar de vítima que, mesmo sem presenciar diretamente o fato, dele tomou conhecimento e declara as razões de sua ciência em juízo.

Mas, como separar o depoimento indireto válido, prestado por uma testemunha que não presenciou diretamente o fato, de uma simples informação inqualificada (o verdadeiro 'ouvir dizer), fazendo-se, assim, a separação do joio do trigo?

Entendemos que a resposta transita pelos artigos 203 e 214 do CPP.

Sempre que inquirida, após prestar o compromisso de dizer a verdade, a testemunha deverá declarar o que sabe e aclarar a fonte do seu conhecimento. Deverá dizer como tomou conhecimento do que declara, de quem ouviu e qual a relação do que ouviu com o fato que se pretende provar em juízo.

O depoimento da testemunha indireta passará por um verdadeiro escrutínio, que levará em consideração o grau de confiabilidade da testemunha, a sua fonte e a relação lógica entre aquilo que ela declara e que tomou conhecimento por interposta pessoa com o fato que se apura.

Conforme lição de Suxberger (2024, p. 7):

> É dizer: toda e qualquer pessoa que declare em juízo deve aclarar as razões pelas quais afirma isso ou aquilo perante a autoridade. Como tomou conhecimento do fato que afirma? Viu? Ouviu? De quem? Como? Qual a relação do que percebeu em face do que expressa em juízo?

A testemunha que presta o depoimento indireto, ademais, deve ser isenta de circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé, como exige o art. 214 do CPP.

Além disso, o depoimento por *hearsay* poderá ser usado apenas quando, justificadamente, o depoimento direto mostrar-se impossível de ser obtido, seja porque simplesmente não existe, seja porque testemunhas diretas, por medo legítimo de represálias por parte dos homicidas, calam-se e não prestam depoimento formal, por instinto de autopreservação.

E, por fim, deverá o *hearsay testimony* ser altamente coerente com o arcabouço probatório, estar alinhado com a linha investigativa e com outras provas até então produzidas, como provas periciais e cautelares, afastando-se o risco de que se trate de informação inventada ou carente de embasamento.

Só assim, feito um exame minucioso e aprofundado sobre aquilo que declara a testemunha indireta, sobre porque ela declara e sobre a fonte daquilo que declara, é que a prova por *hearsay testimony* poderá ser aproveitada para a emissão do juízo de admissibilidade da acusação, submetendo-se o réu ao julgamento perante o Tribunal do Júri, e não simplesmente desprezada, como vem acontecendo, de forma reiterada, pela jurisprudência do STJ.

6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se viu, o instituto jurídico do *hearsay*, importado do direito anglo- americano, vem sendo citado de forma frequente pela doutrina e pela jurisprudência, especialmente pelo STJ, que soma, atualmente, 72 (setenta e dois) julgados em que o termo é reproduzido em sua literalidade (SUXBERGUER, 2024, p. 2).

Contudo, análise dos julgados do STJ revela imprecisão no seu uso, vez que o *hearsay testimony* é utilizado ora como sinônimo de prova inquisitorial, ora como espécie de prova indireta e ora como simples 'ouvir dizer' ou boato, portanto de forma não técnica e sem correspondência ao instituto original.

Nesse toar, a despeito da imprecisão técnica, as decisões do STJ que mencionam o *hearsay* são todas no mesmo sentido, qual seja, pela impossibilidade de sua utilização para pronúncia ou condenação do acusado. Contudo, a corte estabeleceu *distinguishing*, considerando válida para a pronúncia a utilização do depoimento indireto prestado por policial que, durante a investigação, ouvira relatos de testemunhas presenciais mas que, por medo e temor dos acusados, integrantes de grupo de extermínio, não prestaram depoimentos na delegacia de polícia ou em juízo (AgRg no HC 810692/RJ) (BRASIL, 2023b).

Assim, em homenagem ao princípio da plenitude de defesa da vida, que exige do Estado postura enérgica e efetiva na repressão aos crimes dolosos contra a vida, entendemos que o espectro do *hearsay testimony* deve ser ampliado, a fim de que seja admitido, excepcionalmente, quando se revelar, dentro da realidade probatória, a única prova passível de produção (caso dos homicídios praticados em contexto de narcotraficância). Para tanto, sugerimos critérios para utilização do *hearsay testimony*, a fim de que o depoimento indireto perpasse por minucioso exame, sendo o depoente escrutinado sobre as circunstâncias e a fonte da informação que reproduz em juízo, que deverá, ainda, ser coerente, confiável e alinhada com os demais elementos de prova colhidos, incumbindo à testemunha sempre explicar as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade (art. 203 do CPP). E, claro, desde que a testemunha indireta seja isenta de circunstância ou defeito que a tornem suspeita de parcialidade ou indigna de fé (art. 214 do CPP).

Interpretação diversa premia os criminosos que se valem do medo, do temor e da 'lei do silêncio' para perpetuar seus crimes, gerando em toda a comunidade sensação de insegurança, descrédito e falta de fé e esperança no sistema de justiça penal, o que deve ser fortemente combatido no Estado democrático de direito e, em especial, pelo promotor de justiça que atua na curadoria de defesa da vida.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n.° 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Diário da União, 1941.

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: 28 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Agravo em Recurso Especial n.° 1.940.381 – AL (2021/0242915-6). Relator Ministro Ribeiro Dantas. Julgamento em 14 dez. 2021. **Diário do Judiciário eletrônico**, 26 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma**.** Agravo Regimental no Habeas Corpus 668.407/RS. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Julgamento em 19 out. 2021. **Diário do Judiciário eletrônico**, 27 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 850.017/MA. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Julgado em 30 out. 2023.

Diário do Judiciário eletrônico, 3 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Agravo Regimental no Habeas Corpus n.° 810692/RJ (2023/0092424-2). Relator Ministro Sebastião Reis Júnior.

Julgamento virtual de 5 a 11 set. 2023. **Diário do Judiciário eletrônico**, 12 set. 2023.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: parte especial (arts. 121 ao 361). 12. ed. ver., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020.

GOMES, Marcio Schlee. **A prova indiciária no crime de homicídio**: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOUREIRO, Ythalo Frota. **A prova de hearsay (ouvir dizer) no procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri**. 2017. Disponível em: https://congressonacional2017.ammp.org.br/public/arquivos/teses/90.pdf. Acesso em: 30 abr. 2024.

NOVAIS, César Danilo. **A defesa no Tribunal do Júri da vida**. 3. ed. Cuiabá-MT: Carlini & Caniato Editoral, 2022.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. ***Lost in translation***: o *hearsay* segundo o Superior Tribunal de Justiça. Portal Temas Jurídicos. Professor Douglas Fischer. 2024. Disponível em: https://temasjuridicospdf.com/lost-in-translation-o-hearsay-segundo-o-superior-tribunal-de-justica/. Acesso em: 30 abr. 2024.

VARELA, Agustín. Juicio por jurados, el derecho probatorio y la regla de exclusión de la prueba 'hearsay' en el derecho anglosajón. *In*: LOBO, Rubén A. Alderete *et al*. **El debido proceso penal**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi s.r.l., 2016, cap. VIII.

PROGRESSÃO ESPECIAL PARA AS MÃES: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA E A PERSONALIZAÇÃO DA RESPOSTA PUNITIVA DO ESTADO

DANIELE ALZIRA SILVA CABRAL MOREIRA

PROGRESSÃO ESPECIAL PARA AS MÃES: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA E A PERSONALIZAÇÃO DA RESPOSTA PUNITIVA DO ESTADO

DANIELE ALZIRA SILVA CABRAL MOREIRA

PROFESSOR ORIENTADOR: LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

RESUMO: Trata-se de trabalho sobre a inovação legislativa que instituiu, na Lei de Execuções Penais, a progressão de regime com menor lapso temporal em benefício de mulheres gestantes, mães de crianças menores de 12 anos e deficientes, com o fim de mitigar os impactos do afastamento da mulher privada de liberdade na vida de seus filhos, mediante requisitos legais que serão analisados à luz dos princípios penais e da jurisprudência nos casos concretos, com o fim de verificar a efetividade da proteção das crianças e da sociedade. O método será o dialético, com estudo de casos. Nesse sentido, será demonstrada a necessidade de comprovar cada requisito da lei, especialmente se a progenitora proporciona proteção física, afetiva e emocional para a criança, e a gravidade do delito praticado como impeditivo para a concessão da benesse.

PALAVRAS-CHAVE: Progressão Especial – Mães – Execução Penal.

ABSTRACT: This paper is a work on the legislative innovation that established, in the Criminal Executions Law, the progression of a regime with a shorter period of time for the benefit of pregnant women, mothers of children under 12 years of age and disabled people, with the aim of mitigating the impacts of removal of women deprived of liberty from the lives of their children, through legal requirements that will be analyzed in light of criminal principles and jurisprudence in specific cases, in order to verify the effectiveness of the protection of children and society. The method will be dialectical, with case studies. In this sense, the need to prove each requirement of the law will be demonstrated, especially whether the mother provides physical, affective and emotional protection for the child, and the seriousness of the crime committed as an impediment to the granting of the benefit.

KEYWORDS: Special Progression – Mothers – Criminal Execution.

LISTA DE ABREVIAÇÕES:

CP – Código Penal
CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente
HC – *Habeas Corpus*
IPL – Indivíduo Privado de Liberdade
LEP – Lei de Execução Penal
ONU – Organização das Nações Unidas
PPL – Pena Privativa de Liberdade
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO.....74

2 - PRINCÍPIOS PENAIS: A INTRANSCENDÊNCIA NA EXECUÇÃO PENAL..... 75
E A PERSONALIZAÇÃO DA PENA

3 - A PROGRESSÃO ESPECIAL DE 1/8 PARA MÃES E GESTANTES 77

4 - COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS PARA O BENEFÍCIO E SUA REVOGAÇÃO..... 78

5 - IMPRESCINDIBILIDADE DO ESTUDO SOCIAL PARA O DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO 79

6 - ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS..... 81

7 - CONCLUSÃO 83

REFERÊNCIAS 84

1 - INTRODUÇÃO

Neste trabalho, aborda-se a inovação legislativa que instituiu a progressão de regime com menor lapso temporal em benefício de mulheres gestantes, mães de crianças menores de 12 anos e deficientes, com o objetivo precípuo de diminuir os efeitos negativos causados à criança pelo afastamento da genitora. Serão analisadas a aplicação prática do instituto e a jurisprudência sobre o tema para verificar se a progressão cumpre o objetivo almejado de proteger as crianças sem desproteger a sociedade.

A relevância jurídica e humana do tema justifica a necessidade de pesquisá- lo. Além disso, a questão faz parte do cotidiano de trabalho de uma Promotoria de Justiça com atribuição na matéria de execução penal que fiscaliza o cumprimento de penas e busca a melhor solução jurídica para garantir os direitos fundamentais individuais sem enfraquecer o sistema jurídico nem ferir outros direitos protegidos.

A Lei n.º 13.769/2018 acrescentou o § 3º ao artigo 112 da Lei de Execuções Penais (LEP), para permitir a progressão de regime às mulheres mães de crianças menores ou gestantes desde que elas não tenham cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa; não tenham cometido crime contra o próprio filho ou dependente; tenham cumprido 1/8 da pena no regime anterior; sejam rés primárias; tenham bom comportamento carcerário; e não sejam integrantes ou tenham integrado organização criminosa.

O objetivo desta inovação é beneficiar a criança, que não tem culpa dos crimes cometidos por sua genitora, que será quem, de fato, se beneficiará. Portanto, é importante averiguar se o instituto está a cumprir seu objetivo, sem, contudo, esvaziar-se diante do ativismo judicial que atualmente impõe uma política criminal de desencarceramento sem estudo prévio das consequências para a sociedade e para a própria criança.

Por intermédio das decisões judiciais acerca do tema, verificou-se se a aplicação nos processos de execução penal ocorreu com o fim de facilitar o cumprimento de pena das mulheres ou de evitar os prejuízos do abandono materno das crianças cujas mães foram privadas da liberdade.

Necessário, ainda, analisar a jurisprudência dos casos aplicados de progressão de regime para as mães, após a alteração legislativa da Lei n.º 13.769/2018, além da doutrina e dos princípios norteadores que devem fundamentar a resposta judicial para o menor, para a sociedade e para a vítima.

Os tribunais superiores, de início, firmaram o entendimento de que o único requisito para obtenção dos benefícios trazidos pela lei para as mulheres que possuem filhos até 12 anos ou com alguma deficiência é ser mãe, o que é temeroso sem uma análise do melhor interesse do menor, que nem sempre estará atendido ao se permitir que ele conviva com a genitora.

Desse modo, o objetivo da pesquisa é analisar se a norma se direciona ao bem-estar da criança, o que demanda a investigação do caso concreto para constatar se, de fato, o melhor interesse do infante está sendo prioritário. Isso porque há processos nos quais os delitos oferecem risco à integridade da criança.

Pondera-se que, embora a mãe não seja o alvo do benefício, naturalmente nela refletirá, por isso a importância de verificar os requisitos da lei e buscar um relatório interdisciplinar e de estudo social em relação aos filhos menores da sentenciada.

Na aplicação da lei, há, ainda, que se adotarem mecanismos para evitar a concessão do benefício a mães que se utilizam da criança para alcançar a impunidade, sob pena de não proporcionar a proteção à sociedade e à vítima.

Os prejuízos para os filhos podem superar o benefício da convivência materna, pois o ambiente impacta no desenvolvimento infantil e influencia nocivamente a educação. Ademais, é importante reanalisar, a cada progressão de regime, todos os requisitos, além de atestar novamente se o benefício atenderá ao bem do infante, bem como fiscalizar a execução penal e, se necessário for, revogar o benefício.

Urge também evitar que o instituto seja usado como política criminal e abrandamento da punição, pois basear-se unicamente em critérios objetivos para deferir ou indeferir o benefício não é, aparentemente, a melhor solução, sob o risco de concedê-lo a mulheres que praticam crimes graves.

Os crimes de associação, de forma geral, representam grande perigo ao combate da criminalidade e por isso não deveria ser possível a concessão do

benefício sem um estudo profundo dos impactos da progressão; do contrário, emite- se a mensagem de que seria vantajoso retornar a delinquir.

O marco teórico da pesquisa será o princípio da intranscendência da pena, que está previsto no artigo 5°, XLV, da Constituição Federal, e garante que a punição não passe da pessoa que cometeu o ilícito penal; e o princípio da individualização da pena na execução penal, que pode assegurar benefícios mediante critérios objetivos e subjetivos previstos em lei.

A pesquisa se utilizará da vertente jurídico-sociológica, trabalhando a relação direito e sociedade, e será dialética, comparando as ideias e razões que levaram às decisões judiciais, com análise da doutrina e distinção das incoerências e contrassenso na esfera coletiva, além da distância do entendimento jurídico para a realidade social.

O referencial teórico da presente pesquisa será a jurisprudência dos tribunais superiores; diante disso, o tema será aprofundado com análise das controvérsias acerca da alteração legislativa e suas aplicações práticas na execução penal.

O tema será abordado à luz das decisões judiciais, analisando-se as correntes doutrinárias e evidenciando-se as incoerências e contrassenso na esfera coletiva, bem como a distância do entendimento jurídico para a realidade social em relação aos crimes de associação e a contenção da criminalidade.

Objetiva-se entender a interpretação mais adequada dos requisitos legais trazidos pela Lei n.º 13.769/2018, que acrescentou o § 3º ao artigo 112 da LEP, dentro do contexto atual de discussão entre impunidade e punitividade excessiva do Estado pela pesquisa bibliográfica e análise de jurisprudência do STJ e do STF.

Logo, o simples desencarceramento não pode ser a solução para a proteção integral das crianças, mas sim a busca do equilíbrio entre punibilidade excessiva e impunidade, rechaçando interpretações estagnadas com fundamento na noção de sociedade livre, justa e fraterna distorcida e sem legitimidade democrática que se afasta do que a sociedade espera do direito criminal.

Para o melhor deslinde da questão, é necessário analisar o caso concreto antes de seu deferimento, a fim de demonstrar que as decisões judiciais não podem se basear em análise puramente objetiva, tampouco fomentar a impunidade, que gera revitimização, proteção insuficiente e descrédito na justiça.

2 - PRINCÍPIOS PENAIS: A INTRANSCENDÊNCIA NA EXECUÇÃO PENAL E A PERSONALIZAÇÃO DA PENA

A pena é o instrumento pelo qual o Estado responsabiliza a pessoa que desrespeitou as leis, as quais representam os valores da sociedade em que ela está inserida e os princípios que a regem. O Estado tem o dever de investigar e punir as violações de direito, pois uma das suas incumbências é proteger as pessoas, sendo- lhe defeso abster-se, sob pena de violar a dignidade da pessoa humana. Destarte, punir é *standard* de direitos humanos, pois a vítima tem direito de receber uma resposta célere à violação de seus direitos (MAZZUOLI, 2023, p. 2). A punição deve, contudo, ser adequada, para que não gere distorções a ponto de encorajar a prática de novos delitos.

Habitualmente, quando se aborda o princípio da proporcionalidade da pena, tem-se o discurso em relação aos excessos, todavia a insuficiência da penalidade não costuma ter o mesmo destaque (SILVA, 2020, p. 146). A preocupação com a punição eficaz não é assunto que inspire tantas discussões acadêmicas, exceto nos órgãos com atribuição de zelar pelos direitos das vítimas.

É salutar compreender que, se a pena for muito branda, também há desproporcionalidade e proteção deficiente, deixando a reprimenda de cumprir seu papel dentro de uma sociedade democrática.

Um dos pontos abordados neste estudo é a possível diminuição da proteção de bens jurídicos essenciais em benefício de determinada parcela da sociedade. Além disso, na implementação de política pública referente à defesa das crianças, devem-se respeitar as peculiaridades de cada sentenciada e levar em conta o crime cometido.

A norma constitucional insculpida no artigo 5°, inciso XLV, da Constituição Federal de 88 (CRFB/88) dispõe que a pena não pode passar da pessoa do condenado. Essa é uma garantia

que provém do princípio da intranscendência da pena ou responsabilidade pessoal. É cediço que a pena não pode ser cumprida por outra pessoa, em virtude desse preceito, contudo não quer dizer que o cumprimento da pena não ocasionará, eventualmente, prejuízo para outras pessoas.

Isso porque a execução da pena com frequência leva a sofrimentos indiretos, afetando principalmente os familiares das pessoas encarceradas com o desamparo afetivo e econômico pela privação da convivência e do auxílio financeiro que era prestado (SILVA, 2020, p.146).

São indiscutíveis os prejuízos causados pela carência da mãe durante a infância, principalmente quando é ela quem realmente cuida da criança e convive com ela; no entanto, no intuito de que o infante não sofra indiretamente os efeitos da pena com a privação de liberdade de sua genitora, buscam-se meios para diminuir o sofrimento, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana e das obrigações de proteção integral da criança. Nesta esteira, compreende-se que a alteração realizada no artigo 112 da LEP não é para a mãe, mas para seu filho, embora ela também se aproveite do benefício, em decorrência do mandamento constitucional da intranscendência da pena.

Por isso, é necessário verificar, no caso concreto, se a progenitora efetivamente cuida da criança; se ela era a responsável por sua criação, sustento e desenvolvimento quando presa; e se o afastamento destes laços afetivos está trazendo sofrimento psíquico ao menor de 12 anos ou ao deficiente.

Não é possível evitar completamente estes danos, todavia pode-se abrandá-los para que a sentenciada alcance os benefícios da progressão de regime em menor tempo, a fim de que possa retornar ao convívio da família mais rapidamente, como, por exemplo, gozar dos benefícios das saídas temporárias (artigos 122 a 125 da LEP), que oportunizam as saídas da unidade prisional para visitas familiares. Também se pode chegar ao regime de cumprimento de pena aberto que, na maioria das comarcas, ocorre em prisão domiciliar. Entretanto, nos casos em que a mãe não detenha a guarda do filho ou a criança pouco convive com a genitora, não deverá esta fazer jus ao benefício, sob pena de ferir o princípio em comento.

Tal análise e diferenciação não é uma extrapolação dos limites da lei, mas, antes, a aplicação do princípio da personalização da pena. Inspirada nesse mandamento que visa a individualização, pois a pena cominada ao ilícito penal não é padronizada para todas as pessoas que o infringirem, a individualização ocorre desde a dosimetria da pena e continua na execução penal, que determina a forma de cumprimento do *quantum* fixado de forma individual e específica ante o caso concreto.

O artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição da República preceitua que a lei regulará a individualização da pena; com isso elevou o princípio a direito fundamental das pessoas, estabelecendo que cada reeducando possa cumprir sua punição de forma justa e proporcional, levando-se em consideração as circunstâncias pessoais do condenado. Ademais, o intuito do regramento em epígrafe é evitar tratamento coletivo aos sentenciados e vedar o tratamento despersonalizado; portanto, se deixarmos de analisar com vigor os requisitos para concessão de uma progressão de regime antecipada, haverá violação direta de tal princípio, pois não haverá justiça, ainda que seja uma ampliação de direitos.

Devem-se premiar os méritos pessoais de bom comportamento durante a pena, além de aferir a gravidade do delito e os meios de execução. Isso posto, é dever também averiguar se o benefício terá reflexo na criança; assim, não basta à apenada simplesmente ser mãe, isto é, a concessão não pode ser automática.

Nesse contexto, a ampliação generalizada de benefícios para os indivíduos privados de liberdade objetivando suprir a falta de estrutura para o adequado cumprimento de pena faz surgirem os discursos dissociados da realidade e política criminal de desencarceramento em massa, que empobrece o Direito Penal como ciência (CARPES, 2021, p. 91).

Assim, é necessário observar que a individualização da pena também recebe influência do princípio da proporcionalidade da pena, contido no artigo 5°, *caput*, da CRFB/88, pois deve haver ponderação entre o bem jurídico tutelado e a pena cominada (SILVA, 2020, p. 179).

Diante dos requerimentos de prisão domiciliar humanitária com fundamento na maternidade, por exemplo, não é recomendável analisar só o mérito da reeducanda, mas a devida proporção

entre o delito e a liberdade, pois é desproporcional a concessão de prisão domiciliar no caso de crime de homicídio, por exemplo. Contudo, não é necessário comparar os extremos, mas outros crimes graves que a sociedade possui interesse em reprimir não podem ser banalizados, sob pena de proteção insuficiente do Estado e violação dos direitos humanos da vítima.

3 - A PROGRESSÃO ESPECIAL DE 1/8 PARA MÃES E GESTANTES

Em março de 2018, foi noticiado que, em homenagem ao mês das mulheres, o STF, em recente e histórica decisão para cumprir direitos fundamentais das mulheres presas frente à deficiência estrutural do sistema prisional brasileiro, concedeu um *habeas corpus* coletivo para substituir a prisão preventiva de mulheres gestantes e mães de crianças de até 12 anos de idade.

Foi salientado, ainda, que tal julgado estaria em consonância com o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n.º 5 da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), cujo objetivo é a igualdade de gênero, importante efetivação do direito das mulheres.

Segundo o relator do *Habeas Corpus* n.º 143.641/SP no STF, Ministro Ricardo Lewandowski, urgia pacificar a situação das mulheres encarceradas em situação degradante e prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis, apresentando como fundamento da decisão variados fatores; destacam-se os seguintes:

> Comprovação nos autos de existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) estão, de fato, cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, inexistindo, outrossim berçários e creches para seus filhos. Ser reservada àqueles listados no art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo.
>
> Cuidados com a mulher presa que se direcionam não só a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos destes. (BRASIL, 2018).

A referida decisão inegavelmente foi um marco em política criminal para as mães presas, que trouxe a visibilidade de inúmeras crianças que sofriam as consequências do encarceramento de sua genitora.

Nesse contexto, a Lei n.º 13.769 foi publicada em 19 de dezembro de 2018, com o objetivo de alterar o Código de Processo Penal, a Lei de Execuções Penais e a Lei dos Crimes Hediondos, para substituir a prisão preventiva das mães pela prisão domiciliar e modificar a progressão de regime de cumprimento de pena privativa de liberdade.

Na execução penal – Lei n.º 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) –, a inovação mais significativa foi a alteração do artigo 112, que assim ficou:

> Art. 112. [...]
>
> § 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:
>
> I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;
>
> II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;
>
> III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;
>
> IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;
>
> V - não ter integrado organização criminosa.
>
> § 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo. (BRASIL, 2018).

Além do mais, a alteração da LEP também refletiu na Lei n.º 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), que passou a vigorar com a seguinte redação:

> Art. 2º [...]
>
> § 2º A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). (BRASIL, 2018).

Assim, a execução penal foi brindada com o novo instituto conhecido como progressão de regime especial.

No sistema brasileiro, a progressão de regime é progressiva, em razão do artigo 33, parágrafo segundo, do Código Penal; nessa esteira, o sentenciado alcançará o benefício após preenchidos os requisitos objetivos (frações determinadas na lei) e subjetivos, que é o mérito em razão do bom cumprimento de sua pena (inexistência de falta grave e cumprimento de deveres estabelecidos na LEP e condições estabelecidas em decisões concessivas de benefícios).

Desta feita, para gestantes, mulheres lactantes, mães de crianças até 12 anos e mães de pessoas com deficiência passou a vigorar a fração especial de 1/8 para preenchimento do requisito objetivo, o que diminui o período de encarceramento dessas pessoas.

Existem requisitos objetivos adicionais em leis especiais, como, por exemplo, nos crimes contra a Administração Pública; no entanto o enfoque deste estudo é o lapso temporal inferior.

Para a análise da adoção da fração especial, exige-se a comprovação da gravidez, por realização de exame médico, da maternidade pela certidão e nascimento da criança e a condição de deficiência (física ou mental), por laudo médico ou documento idôneo.

No ordenamento jurídico brasileiro, o conceito consolidado de criança é o definido pelo art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA): pessoa com até

12 anos incompletos; inclusive não há discussão acerca dessa definição na jurisprudência, e por isso foi esta concepção legal abraçada pelo *Habeas Corpus* n.º 143.641, no STF.

São requisitos legais para concessão do benefício não ter cometido crime com violência ou grave ameaça, pois o grau de periculosidade da pessoa não pode ser alto, de modo que alcançará a liberdade mais rapidamente, ficando menos tempo isolada e podendo usufruir o direito ao trabalho externo (art. 36 da LEP) e estudo (art. 129, parágrafo primeiro, da LEP), além do benefício de saídas temporárias (artigo 122 a 125 da LEP). Contudo existem crimes com alto potencial lesivo que são praticados sem violência e que deveriam ser mencionados como exceção em rol exemplificativo. A pessoa condenada não pode ter cometido crime contra o próprio filho ou dependente, já que a razão do benefício é justamente privilegiar o melhor interesse do menor.

Ademais, a jurisprudência sinaliza que a progressão com fração especial também pode ser vedada quando o crime é praticado somente a um dos filhos; e quando o crime for cometido com a participação de criança, ainda que esta não seja o próprio filho da sentenciada, como, por exemplo, quando incide o art. 40, VI, da Lei de Drogas (AgRg no HC n. 666.121/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca). Nesse ponto, a jurisprudência foi assertiva na interpretação da lei, pois esse tipo de crime prejudica a formação da personalidade e a edificação de seus valores, como esclarece a Ministra do STJ Laurita Vaz, no HC nº. 662.028/SC.

Para fazer jus ao benefício, a ré deve, ainda, ser primária e ter bom comportamento carcerário. Aqui, além do bom comportamento geral, que é analisado em todo benefício da execução penal, o legislador atentou para se reforçar a verificação do histórico criminal da pessoa, para que seja também satisfatório. Houve uma elevação do nível do mérito, para que o benefício não indique impunidade, mas um incentivo a não delinquir mais.

Por último, a ré não pode integrar organização criminosa. Nesse ponto, questiona-se se a vedação se estende a qualquer organização criminosa, pois existem vários tipos, ou se o legislador tentou se restringir à Lei n.º 12.964/2012.

São muitos os questionamentos, que serão tratados com maior enfoque nas controvérsias que redundaram em debates nos tribunais.

4 - COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS PARA O BENEFÍCIO E SUA REVOGAÇÃO

Na alteração tratada neste estudo, ocorreu uma omissão do legislador a respeito da obrigação de a sentenciada, para obter nova progressão de regime, apresentar todos os requisitos para outra análise do benefício especial; ou seja, se a condenação for em regime fechado e a condenada obtiver a progressão ao regime semiaberto de cumprimento com fração de 1/8, ficará registrado

em seu atestado de penas que a previsão para o regime aberto também será na fração de 1/8.

Ocorre que a Lei n.° 13.769/2018, em seu parágrafo quarto, dispôs que o cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício de progressão especial; portanto, conclui-se que o preenchimento dos requisitos deve ser analisado a cada progressão de regime em caso de regressão de regime.

Neste sentido caminha a jurisprudência, conforme faz prova o Agravo Regimental no HC n. 666.121/SP, julgado em que há menção explícita de que a ausência de boa conduta carcerária inviabiliza a concessão do benefício especial. De se concluir que, aqui, o interesse da sociedade se sobrepôs à proteção da criança.

Também há que se verificar se o filho ainda não completou 12 anos de idade, pois o fato de ele ter deixado de ser criança nos termos do ECA obstaria nova progressão com fração de 1/8.

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO ESPECIAL DE PENA. ART. 1 12, § 3°, INCISO II, DA LEP. PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. FILHO MAIOR DE 12 ANOS. REQUISITO NÃO PREENCHIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
>
> 1. O art. 112, § 3°, da LEP, prevê a progressão especial - lapso temporal de 1/8 - à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças (pessoa até 12 anos de idade incompletos) ou pessoas com deficiência, desde que preenchidos cumulativamente os requisitos ali previstos.
>
> 2. No caso, consta dos autos que "o filho da reeducanda conta com mais de 12 anos de idade e a defesa nada indicou no petitório de fls. 153/163, sobre eventual circunstância excepcional no caso concreto a tornar possível o cumprimento diferenciado da pena" .
>
> 3. Agravo regimental desprovido.
>
> (AgRg no HC n. 823.345/SP). (BRASIL, 2023a).

Em todos os casos, se indeferida a nova progressão com fração especial, no atestado de penas será computada a fração correspondente ao crime da condenação: comum, comum com emprego de arma, hediondo e crimes equiparados.

No que concerne à revogação por novo delito, verifica-se que basta a comprovação de tal conduta, sendo desnecessário o trânsito em julgado de sentença penal condenatória da infração em questão, conforme Súmula n.° 526 do STJ: "O reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato" (BRASIL, 2015).

Já as faltas graves são definidas na Lei de Execução Penal (artigos 50 a 52); como o rol é taxativo, necessária a homologação judicial após a instauração do procedimento administrativo disciplinar da unidade custodiante, com oitiva do sentenciado ao juízo de execução penal, garantidos o direito ao contraditório e à ampla defesa, além da manifestação do Ministério Público. A não observância desses quesitos é causa de nulidade e não reverbera na revogação do direito à fração especial para progressão.

Ademais, a lei traz a expressão revogação do benefício e não faria sentido a sentenciada ser somente regredida de regime, que já é um consectário lógico estabelecido na LEP, em seu artigo 118, I, para os casos de falta grave e novo crime durante o processo de execução da pena, sem revogação do direito à progressão do lapso temporal inferior. Isso porque não se justifica o tratamento mais brando quando a própria lei elenca o requisito boa conduta carcerária para aquisição de progressão em menor tempo.

Diante disso, caso a apenada cometa novo crime ou pratique falta grave, terá o regime de cumprimento de pena regredido, de acordo com o artigo 118, I, da LEP e terá revogado o benefício de progressão especial, não sendo mais favorecida com a fração de 1/8.

5 - IMPRESCINDIBILIDADE DO ESTUDO SOCIAL PARA O DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO

A lei, quando da chegada do novo instituto, não exigiu que a mulher tivesse a guarda efetiva da criança, todavia não parece razoável usar um filho para obter benefício que deveria ser para o bem da criança sem que efetivamente isso se realize.

A fração de progressão mais branda para mulheres com filhos menores não é concedida de forma automática, para se evitar que a condenada aproveite-se do mero fato de ser mãe para buscar o benefício. Por isso, é necessário comprovar os requisitos objetivos trazidos pelo dispositivo e o requisito subjetivo do bom comportamento, o que, de alguma forma, já seria uma análise da possibilidade de a genitora poder cuidar do filho.

Há casos em que, quando do cometimento do delito, os filhos da sentenciada já eram nascidos e pequenos, o que não a impediu de delinquir; ou seja, em vez de cuidar do filho, a mulher estava praticando delitos.

No entanto, nada impede que se avalie também se o menor está sob sua guarda e dela depende, e ainda se a conduta praticada pela genitora indicar que é recomendável e segura a presença materna, mesmo se o crime não tenha sido praticado contra o próprio filho.

Registra-se que crimes como pedofilia – estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), corrupção de menores (art. 218 do CP) e o aliciamento, assédio, instigação ou constrangimento da criança com o fim de com ela praticar ato libidinoso (art. 241-D do ECA), ainda que não cometidos contra o próprio filho, devem ser considerados incompatíveis com a fração mais branda para a progressão.

Vale citar, a propósito, o Projeto de Lei n.º 1.776/2015, que pretende impedir a pessoa condenada por crimes de pedofilia, em caso de saída temporária, de se aproximar de escolas de ensino infantil, fundamental ou médio, e de frequentar parques e praças que contenham parques infantis e outros locais frequentados por menores de 18 anos.

Observa-se um recrudescimento das normas penais em relação aos crimes praticados contra as crianças; portanto, não seria razoável permitir que uma pessoa condenada por crimes desta natureza seja beneficiada em sede de execução penal.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) já entendeu que, para a progressão de regime, é necessária a prova da imprescindibilidade da genitora para os cuidados da criança, que deve ser analisada caso a caso:

> EMENTA: PENAL - AGRAVO EM EXECUÇÃO - REEDUCANDA QUE CUMPRE PENA EM REGIME FECHADO - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE SER PESSOA INDISPENSÁVEL AOS CUIDADOS DE FILHO COM TENRA IDADE - PROGRESSÃO DE REGIME A QUE ALUDE O §3º DO ARTIGO 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL -
>
> IMPOSSIBILIDADE. Para fins de progressão de regime a que alude o §3º do artigo 112 da Lei de Execução Penal, a despeito da indiscutível importância da relação de mãe/pai/filho, a Sentenciada deve necessariamente demonstrar a efetiva necessidade de que ela própria reassuma o acompanhamento do filho, circunstância que deve ser avaliada caso a caso, e não de forma genérica, abstrata, tomando por base apenas e tão somente a comprovação da maternidade, sob pena de, ao contrário, ser uma nova alternativa para que criminosos se valham de mulheres nessa situação, como instrumento a dissipar a criminalidade. (TJMG - Agravo de Execução Penal 1.0000.21.096169-4/001, Relator(a): Des.(a) Sálvio Chaves , 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 21/07/2021, publicação da súmula em 21/07/2021).
>
> EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO - FRAÇÃO PARA PROGRESSÃO DE REGIME - REEDUCANDA PRIMÁRIA E MÃE DE CRIANÇA - ART. 112, §3º, DA LEP - REQUISITOS PREENCHIDOS - RECURSO DEFENSIVO
>
> PROVIDO. 1. Conforme prevê o art. 112, §3º, da LEP, a fração de progressão de regime no caso de mulher que for mãe de crianças, não tiver cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa, crime contra seu filho ou dependente, for primária, tiver bom comportamento carcerário e não integrar organização criminosa, é de 1/8 [um oitavo] da pena no regime anterior. 2. Restando comprovado que a reeducanda possui filhos crianças e que preenche os requisitos previstos no aludido artigo, imperiosa se mostra a alteração da sua fração para progressão de regime para 1/8 [um oitavo]. 3. Considerando que o referido dispositivo não prevê como requisito a imprescindibilidade da figura materna aos cuidados da criança, não é possível exigir a comprovação de tal fato. 4. Recurso provido. (TJMG - Agravo de Execução Penal 1.0000.21.029828-7/002).
>
> (MINAS GERAIS, 2022).

No entanto, o HC 562.452 fundamenta-se no argumento de que são presumíveis as necessidades de cuidados maternos a um filho menor de 12 anos, ainda que ele não esteja sob a guarda direta da mãe.

Contudo, quando comprovado nos autos que a presença da mãe é dispensável, nos casos em que a genitora não detém a guarda, já foi sinalizado que a progenitora não faz jus ao benefício especial:

> AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PROGRESSÃO ESPECIAL DE REGIME. GENITORA DE UMA CRIANÇA MENOR DE 12 ANOS. APENADA QUE, ALÉM DE NÃO POSSUIR A GUARDA DO MENOR HÁ APROXIMADAMENTE 3 ANOS, FEZ VISITAS ESPORÁDICAS, MOSTRANDO-SE AUSENTE. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO QUE FOI INSTITUÍDO PARA PRESERVAR A SAÚDE FÍSICA E MENTAL DA CRIANÇA NA PRIMEIRA INFÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA.
>
> 1. Deve ser mantida a decisão monocrática na qual se denega a ordem, quando não evidenciado constrangimento ilegal à liberdade de locomoção da apenada.
>
> 2. Inviável a concessão da progressão de regime especial, destinada à genitora de criança menor de 12 anos de idade, quando verificado que a hipótese que não se amolda aos objetivos da legislação, que prima pela preservação da saúde física e emocional da criança durante a primeira infância.
>
> 3. No caso, além de a apenada não possuir a guarda do menor e mostrar-se ausente na ocasião dos fatos, não bastasse o genitor da criança ter sido morto em perseguição policial, a sentenciada optou por seguir o mesmo caminho, ao envolver-se com o crime de tráfico e delitos correlatos, ao invés de fazer-se presente na vida do menor que já perdeu o pai.
>
> 4. Agravo regimental improvido.
>
> (AgRg no HC n. 677.060/SC). (BRASIL, 2022).

Em que pese ser o entendimento prevalente na atualidade, a prescindibilidade do estudo social aparentemente não é a melhor opção, pois não se pode deduzir o melhor interesse para a criança, sob pena de expô-la a um risco. Se a finalidade da lei não foi somente funcionar como uma política pública de desencarceramento em massa, mas a concretização do dever de proteção da primeira infância, há de se adotarem todas as medidas para que o destinatário receba a proteção suficiente, ainda que não expressa em lei.

É importante não se afastar da premissa de que, embora o benefício seja para os filhos, reflete na mãe, que nem sempre oferece a proteção física, afetiva e emocional necessária. Na realidade dos bolsões de pobreza onde as jovens iniciam a vida amorosa precocemente e abandonam os estudos, é comum que as crianças sejam criadas pelos avós, em razão da falta de estrutura da genitora, seja por sua juventude, seja pelo envolvimento com drogas e atos criminosos.

6 - ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS

Quando o legislador menciona a expressão *não integrar organização criminosa*, no inc. V, § 3°, do art. 112 da LEP, estaria ele se referindo exclusivamente aos crimes tipificados na Lei n.° 12.850/2013, ou a todos os crimes praticados em concurso de agentes? O que seria então *organização criminosa*? Será que o legislador queria excluir crimes mais graves com o uso da expressão que engloba outros tipos de grupos, ou foi uma escolha para os tipos previstos na Lei n.° 12.850/2013?

Segundo a Lei n.° 12.850/2013, em seu artigo 1°, parágrafo 1°, organização criminosa é a associação de quatro ou mais pessoas com divisão de tarefas para obtenção de vantagem pela prática de infrações penais. Já o artigo 35 da Lei n.° 11.343/2006 dispõe que organização criminosa é a associação de duas ou mais pessoas para, com frequência, praticar os crimes do artigo 33, parágrafo primeiro, e artigo 34 da mesma lei.

Comparando os dois dispositivos legais, percebemos as suas semelhanças, que é o agrupamento com a finalidade criminosa; a diferença é que no artigo 35 citado especifica-se qual é a infração, enquanto o artigo 1° supramencionado é mais lasso.

A intenção da norma é aumentar a proteção das crianças cujas genitoras estejam custodiadas em estabelecimento prisional, mas o legislador optou por não conceder o benefício para alguns tipos de crimes por considerá-los mais graves, e cabe aqui a discussão sobre a intenção da expressão utilizada.

Uma das principais características do crime organizado é a acumulação de poder econômico dos seus integrantes por atuarem em atividades proibidas pelo Estado: "Segundo o relatório divulgado em 2008 pela Agência para Drogas e Crime Organizado das Nações Unidas, só a renda

obtida com o tráfico ilícito de drogas de substâncias entorpecentes corresponde em média a US$ 322 bilhões por ano" (SILVA, 2015, p. 12).

As organizações voltadas para o tráfico de entorpecentes são uma espécie de empresa, com pouca concorrência e que não paga imposto, por isso o ganho financeiro é vultoso e a atividade, um chamariz.

A nova criminalidade possui cada vez mais estrutura organizada e sofisticada e usa meios tecnológicos sofisticados, mantém contato com o poder público, age com muita violência e impõe terror; a preferência é pela prática de crimes altamente rentáveis e diversificação de atividades, além da tendência em expandir as atividades além das fronteiras (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 123-145).

Na Penitenciária Feminina Belo Horizonte I (Complexo Penitenciário Estevão Pinto), estão custodiadas 327 mulheres; destas, 165 apenadas cometeram crimes relacionados ao tráfico de drogas, o que corresponde a 50,45% das IPLs daquela unidade prisional, conforme informação da direção da unidade em abril de 2024, em razão da inspeção prisional realizada pela 10ª Promotoria de Justiça de Belo Horizonte – Juízo de Execução Penal do Ministério Público de Minas Gerais.

Esse número ilustra bem a necessidade de maior repressão do Estado ao tráfico de drogas, em razão do direito de proteção da sociedade em detrimento da criminalidade (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 164).

Resta clara a necessidade de criar políticas públicas para frear o aumento deste tipo de criminalidade; portanto o abrandamento na fase de execução penal, principalmente às mulheres associadas ao tráfico de drogas, está na contramão do combate às grandes organizações criminosas para conter o avanço da criminalidade.

No item 15 do Programa de Prevenção ao Crime e Justiça Criminal da ONU, destaca-se a importância de uma administração da justiça mais eficiente e efetiva; inclusive destaca a importância de proteger os direitos humanos das pessoas afetadas, ou seja, as vítimas (ONU, 2009, p. 206).

Para qualquer finalidade, o ilícito subtrai tempo de qualidade de maternagem e gera perigo para a criança, pois conviver neste ambiente é extremamente prejudicial ao crescimento saudável do infante. Sobretudo nas associações para o tráfico de drogas do artigo 35 da lei, pois estes grupos criminosos vivem em guerra e disputa de poder, o que eleva o risco de filhos de agentes faccionados sofrerem algum mal em razão de conviverem de perto com criminosos.

E se a proteção tem que ser integral não parece proporcional que as organizações criminosas mais violentas no contexto da criminalidade não sejam consideradas impeditivas para a aquisição do benefício especial, em razão do alto perigo aos quais os filhos são expostos pelas mães integrantes destes grupos e facções. Contudo, os tribunais superiores desconsideraram tal entendimento em alguns julgados.

No HC 183.610 (2ª Turma do STF), o Relator Ministro Luiz Edson Fachin apontou que o crime de organização criminosa tem definição autônoma e limites próprios, não sendo intercambiável com delito de quadrilha (associação criminosa), ou mesmo associação para o tráfico.

Para o ministro do STJ Reynaldo Soares da Fonseca, a menção da LEP a "organização criminosa" refere-se somente à hipótese de condenação nos termos da Lei n.º 12.850/2013.

Aplicar-se-iam os princípios da taxatividade da norma penal e do fator rei, privilegiando o direito de liberdade do apenado quando contraposto ao direito de punir do Estado, de acordo com o voto do Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, no *Habeas Corpus* 679.715, do STJ:

> Esta particular forma de paramentar a interpretação das normas jurídicas internas e internacionais é a que mais se aproxima da Constituição, que faz da cidadania e da dignidade humana dois de seus fundamentos e tem por objetivo erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária. (BRASIL, 2021).

As decisões, majoritariamente, têm sido pela interpretação literal, por ser mais favorável; no entanto, ao final do ano passado, a matéria retornou à discussão e o STJ apresentou entendimento diverso dos julgados anteriores.

Destacamos o AgRg no HC n. 776.818/TO:

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME ESPECIAL. MÃE DE INFANTE. LAPSO DIFERENCIADO DO ART. 112, § 3º, III, DA LEP. CONDENA-

DA POR CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. HEDIONDEZ NÃO RECONHECIDA. ÓBICE DE CRIME PRATICADO EM INTEGRAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONCURSO NECESSÁRIO. PRECEDENTES DESTE STJ. SÚMULA 182/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

I - Nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte Superior, cumpre ao agravante impugnar especificamente os fundamentos estabelecidos na decisão agravada.

II - No caso concreto, observou-se que a ora agravante não preencheu os requisitos cumulativos do art. 112, § 3º, da Lei de Execução penal, na medida em que restou condenada pelo delito de associação para o tráfico de drogas, previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/06.

III - Em relação à atual interpretação dada ao dispositivo de lei indicado, para fins de progressão de regime especial, o entendimento consagrado neste Superior Tribunal de Justiça é o de que não apenas a condenação pelo delito específico de organização criminosa (art.2º da Lei n. 12.850/13) impede a aplicação da fração de 1/8 para a progressão de regime especial, mas também todo aquele crime que enseje o concurso necessário de agentes em união estável e permanente voltada para práticas delitivas - como ocorre justamente com o crime de associação para o tráfico de drogas.

I - Assente nesta Corte que, "em que pese comportar entendimento diverso, tem sido objeto de recentes julgamentos perante as duas Turmas criminais desta Corte, tendo prevalecido o entendimento do não cabimento da progressão especial de regime nos casos de condenadas pelo delito de associação para o tráfico de drogas, uma vez que, nos termos do art. 112, § 3º, V, da Lei de Execução Penal, é necessário que a sentenciada não tenha integrado organização criminosa. Precedentes" (AgRg no HC n. 649.789/ RS, Sexta Turma, Rel. Min. Olindo Menezes, Des. Convocado do TRF da 1ª Região, DJe de 1/4/2022). No mesmo sentido: HC n. 645.236/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 13/4/2021; AgRg no HC n. 534.836/ SP, Sexta Turm a, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 30/9/2020; e AgRg no HC n. 721.863/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 27/6/2022.

II - No mais, os argumentos atraem a Súmula n. 182 desta Corte Superior de Justiça.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 776.818/TO). (BRASIL, 2023b).

Malgrado a jurisprudência, durante muito tempo, tenha sido em sentido contrário ao julgado acima transcrito, não se pode ainda falar em mudança de paradigma, tampouco em consolidação da jurisprudência, uma vez que ainda há outros que não consideram o crime de associação para fins de tráfico como impeditivo para aquisição do benefício de progressão de regime com fração de 1/8, com fundamento na impossibilidade de interpretação ampliativa desfavorável às condenadas.

Diante disso, acredita-se que o assunto voltará à discussão até que se pacifique a questão. É uma sinalização positiva de que o assunto será aprofundado. A posição aqui adotada é de que, embora o legislador não tenha explicitado os crimes, o sentido da proibição é evitar que as autoras de crimes graves sejam privilegiadas em detrimento da proteção suficiente da resposta punitiva do Estado.

Ainda na ótica da necessidade de a criança desfrutar da convivência com sua mãe, deve-se analisar se a genitora que participa de grupo ou facção criminosa ligada ao tráfico de drogas está implicitamente expondo o filho a risco de vida. Por exemplo, conflitos entre grupos que brigam pelo domínio do mesmo território e os "julgamentos" dos "tribunais" das próprias organizações criminosas acerca de discordâncias dentro do grupo, em que executam "penas" contra as pessoas ali "julgadas", podendo ainda as "penas" se estenderem aos familiares dos "condenados". Destarte, dependendo do envolvimento da atuação da genitora na associação criminosa, pode-se concluir pela impossibilidade de concessão do benefício, a fim de proteger o melhor interesse do menor.

7 - CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se a necessidade de se observarem os requisitos da lei, para alcançar a sua finalidade, que é minimizar os efeitos dos danos pelo afastamento da mulher que é mãe de seu lar, ou seja, a intranscendência da pena, para que seus filhos não sofram o desamparo afetivo e econômico que o acautelamento pode gerar. Para isso, deve-se analisar cada caso específico, em razão da individualização da pena, com a imprescindibilidade do estudo social para que se constate que a mãe é realmente presente na vida do filho.

Urge buscar a certeza de que o benefício para a mãe privada de liberdade trará a proteção física, afetiva e emocional para o filho, pois nem sempre a genitora proporciona um ambiente sadio e afetuoso. Desse modo, o simples fato de ser mãe não seria suficiente para a apenada fazer jus ao benefício especial em comento.

Diante disso, a jurisprudência dos tribunais superiores vem mudando aos poucos o entendimento de que o único requisito para obtenção dos benefícios trazidos pela lei para as mulheres gestantes ou mães de filhos de até 12 anos de idade ou com alguma deficiência é ser mãe. Até porque, eventualmente, o melhor interesse da criança pode ser afastar-se da presença materna, casos em que o benefício especial perderia o sentido de existir.

Constatou-se que muitas das mulheres cumprem pena por tráfico de drogas, e outros crimes de associação ao tráfico de drogas; portanto, deve-se desencorajar que integrem organizações criminosas, pratiquem crimes mais gravosos e com pluralidades de agentes, o que vedaria o benefício de progressão de regime com 1/8 do cumprimento da pena, ainda que a apenada cumpra o requisito de ser mãe. Neste caso o interesse social deve se sobrepor.

Com base no que foi apresentado, não é correto usar a justificativa da ineficiência do Estado para remediar os problemas do sistema prisional, pois a finalidade da pena não é só reeducar, mas também punir a violação das normas que representam o espelho dos valores da sociedade. A punição mínima também viola os direitos humanos à medida que aumenta a sensação de desproteção em relação à justiça.

Não reprimir adequadamente faz a execução penal cair em descrédito gerando proteção deficiente à sociedade e à vítima; não se deve buscar agasalho nos discursos de laxismo penal, mas de uma execução da pena justa e proporcional, fruto do bom senso e da racionalidade, sem se afastar do combate à criminalidade. Por isso a importância de não tratar com objetividade a concessão ou não do benefício, tampouco dar o mesmo tratamento a todos os casos, além de não expandir o benefício no caso de cometimento de crimes graves e crimes de associação criminosa.

Por outro lado, urge analisar as peculiaridades de cada processo, o cumprimento de requisitos e a comprovação a cada progressão, além da realização do estudo social do caso, que oportuniza uma análise mais profunda da realidade da relação da pessoa privada de liberdade e a criança, para que o benefício realmente cumpra o seu objetivo de reduzir o impacto da prisão da genitora na vida do menor e proporcione uma oportunidade de convivência sadia entre mãe e filho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 14 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 29 set. 2023.

BRASIL. Lei n.º 8069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 5 maio 2024.

BRASIL. Lei n.º 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 29 set. 2023.

BRASIL. Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: https:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. **Normas e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal**. Organização: Secretaria Nacional de Justiça. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2009.

BRASIL. Notícias. Supremo Tribunal Federal. Mês da mulher: em 2018, STF autorizou prisão domiciliar para gestantes e mães: a decisão da 2ª turma do STF foi tomada em fevereiro de 2018 e alcança as mulheres mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência presas preventivamente em todo o território nacional. 2018. Processo relacionado: HC 143641. Disponível em: https:// portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=503414&ori=1. Acesso em: 5 maio 2024.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1776/2015, de 1º de junho de 2015. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as Leis nºs 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), para aumentar a pena dos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes e promover a sua inserção no rol de crimes hediondos; e dá outras providências. Inclui no rol de crimes hediondos os crimes de pedofilia. Brasília, Situação: No Senado Federal. Disponível em: https://www.camara.leg.br/propostas- legislativas/1301482. Acesso em: 5 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no nº HC 679.715 / MG, Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Diário do Judiciário eletrônico, 3 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 522.651 / SP, Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator: Ministra Laurita Vaz. Diário do Judiciário eletrônico, 19 ago. 2020a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 562.452/SC. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. 6 de abril de 2020. Diário do Judiciário eletrônico, 7 abr. 2020b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC n. 823.345/SP. Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Diário do Judiciário eletrônico, 16 ago. 2023a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC n. 677.060/SC. Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator Sebastião Reis Júnior. Diário do Judiciário eletrônico, 22 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC n. 776.818/TO. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator Messod Azulay Neto. Diário do Judiciário eletrônico, 26 mar. 2023b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 526. Terceira Seção. **Diário do Judiciário eletrônico**, 13 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 183.610/SP. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator Ministro Edson Fachin. Diário do Judiciário eletrônico, 19 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 143.641/SP, Segunda Turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 20/02/2018. Diário do Judiciário eletrônico, 9 out. 2018.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. 266p.

CARPES, Bruno Amorim. **O mito do encarceramento em massa**. Londrina: E.D.A.
- Educação, Direito e Alta Cultura, 2021. 160 p.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. Lei de drogas: aspectos penais e processuais. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022. 392 p.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. Crime organizado. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021. 520 p.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Punir como standard de Direitos Humanos: centralidade de proteção das vítimas no direito internacional dos direitos humanos e no processo penal brasileiro. Revista dos Tribunais, v.1055/2023, set/2023, p. 135-160.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Execução Penal 1.0000.21.096169-4/001**. Órgão Julgador: 7ª Câmara Criminal. Relator: Des. Sálvio Chaves. Julgamento em 21/07/2021, publicação da súmula em 21/07/202.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Execução Penal 1.0000.21.029828-7/002.** Órgão Julgador: 9ª Câmara Criminal Especializada.
Relator: Des. Pedro Vergara, julgamento em 19/10/2022, publicação da súmula em 19/10/2022.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito Penal do inimigo: a terceira velocidade do Direito Penal. Curitiba: Juruá, 2011. 354p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 8. ed. São Paulo: Forense, 2022. 344 p.

SILVA, Eduardo Araujo da. Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.168p.

SILVA, Igor Luis Pereira e. Princípios penais. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. 417p.

A FALIBILIDADE DA PROVA ATRAVÉS DE RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA GARANTIA DOS DIREITOS DAS VÍTIMAS

DANIELE REJANE PINTO VERSIEUX

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

A FALIBILIDADE DA PROVA ATRAVÉS DE RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA GARANTIA DOS DIREITOS DAS VÍTIMAS

DANIELE REJANE PINTO VERSIEUX[1]

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN[2]

RESUMO: As notícias de cidadãos inocentes presos com base apenas no reconhecimento fotográfico são cada vez mais frequentes e, muitas vezes, resulta numa série de fatos desrespeitosos aos direitos da vítima de erros inquisitoriais/judiciais que perdura por anos. A eficiência da investigação criminal reside na identificação dos culpados por crimes, mas, ao mesmo tempo, assegurar o respeito aos direitos dos suspeitos. Os procedimentos empregados nos inquéritos policiais frequentemente carecem de complexidade, e, em várias situações, tais investigações se restringem à obtenção de confissões dos suspeitos ou reconhecimento fotográfico realizado pela vítima, uma abordagem que pode ser vista como simplista e, muitas vezes, falha. O Ministério Público é um dos órgãos responsáveis pela fiscalização do trabalho policial e pela defesa dos direitos dos cidadãos. Para superar e evitar a ocorrência desses erros, é necessário reformular a rotina policial, com a supervisão do Ministério Público e a recusa de provas ilícitas pelo juiz. Isso implica em adotar critérios que tornem os procedimentos policiais mais racionais, integrando o conhecimento científico sobre os reconhecimentos equivocados.

PALAVRAS-CHAVE: Reconhecimento fotográfico. Falibilidade. Ministério Público. Direitos humanos.

ABSTRACT: News of innocent citizens being arrested based solely on photographic identification is increasingly common and often results in a series of disrespectful acts towards the rights of victims of judicial errors that persist for years. The efficiency of criminal investigation lies in identifying the perpetrators of crimes, while simultaneously ensuring respect for the rights of suspects. The procedures employed in police investigations often lack complexity, and in many situations, such investigations are limited to obtaining confessions from suspects or photographic identification conducted by the victim, an approach that can be seen as simplistic and often flawed. Ministerio Público (The Brazilians Public Prosecutor's Office) is one of the bodies responsible for overseeing police work and defending the rights of citizens in Brazil. To overcome and prevent these errors, it is necessary to reformulate police procedures, under the supervision of the Brazilian Public Prosecutor's Office, and the rejection of illicit evidence by the judge. This implies adopting criteria that make police procedures more rational, integrating scientific knowledge about mistaken identifications.

KEYWORDS: Photographic identification. Fallibility. Public Prosecutor´s Office. Human rights.

1 Oficiala do Ministério Público. Graduada em Direito. Pós-graduando em Ciências Penais na visão do Ministério Público.

2 Membro do Ministério Público Federal. Mestre em Direito do Estado, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Doutora em Direito, pela Universidade de São Paulo-USP.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO.....89

2 - A FRAGILIDADE DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO COMO MEIO DE PROVA..... 89

3 - ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS..... 93

4 - A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA..... 98
DOS PRESOS PROVISÓRIOS E NO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL

5 - CONCLUSÃO 103

REFERÊNCIAS 104

1 - INTRODUÇÃO

Os agentes públicos possuem o dever de resguardar os direitos daqueles que estão sob a custódia estatal, sejam presos provisórios ou condenados. Assim, mesmo agindo como representantes do Estado e praticando atos resguardados pela supremacia do interesse público, e visando a garantia da justiça e da ordem pública, cabe aos servidores estatais observarem os direitos constitucionais garantidos aos cidadãos, dentre os quais, a dignidade humana, o devido processo legal e a integridade física.

A eficácia da investigação criminal em identificar os responsáveis por delitos e instaurar o processo judicial é essencial, porém deve ser realizada sem infringir os direitos dos suspeitos. Atualmente, os procedimentos policiais em inquéritos, especialmente em casos de crimes de rua, costumam ser simplificados, concentrando-se principalmente na obtenção de confissões e depoimentos de testemunhas.

As deficiências nos procedimentos geralmente têm início na polícia, persistem no Ministério Público e têm impacto significativo nas decisões judiciais, especialmente quando as vítimas são convocadas para identificar formalmente os suspeitos. Essa realidade provocou uma mudança no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no Brasil, que agora exige o rigoroso cumprimento do Código de Processo Penal. Para evitar a prisão de inocentes é necessária uma reformulação das práticas policiais, com supervisão do Ministério Público e rejeição de evidências ilícitas pelo juiz, por meio da adoção de critérios embasados no conhecimento científico sobre a dinâmica dos reconhecimentos falhos.

Tão importante quanto a punição do responsável por uma infração penal é a eficiente aplicação da aplicação da pena, de acordo com a culpabilidade do sancionado e através do devido processo penal no qual foram respeitados os direitos de todos os envolvidos. E ainda, é crucial que as evidências que sustentaram a decisão de condenação sejam epistemologicamente sólidas, suficientes e adequadamente avaliadas, com uma justificativa racional pelo juiz competente. Para garantir tal procedimento, não é suficiente apenas que a atividade jurisdicional esteja legitimamente conduzida (conforme enfatizado por Calamandrei (1960, p. 37) ao afirmar que a justiça não apenas precisa "ser", mas também "parecer" justa; é fundamental que todos os outros órgãos que integram o sistema de justiça criminal sigam os mesmos padrões em suas funções.

É importante lembrar que a atuação do Ministério Público deve ser pautada pela defesa dos direitos humanos e pelo respeito à lei. A promoção da justiça e o combate à impunidade são fundamentais para assegurar a proteção dos direitos dos presos provisórios e a preservação de sua dignidade.

A escolha desse tema foi motivada pelo expressivo número de jovens de determinada cor e classe social atualmente encarcerados no Brasil, principalmente por crimes patrimoniais, com base apenas no reconhecimento fotográfico. Essa discrepância, aliada aos inúmeros casos de tortura nos presídios brasileiros e a demora na análise dos pedidos de liberdade, destaca a relevância do tema ao investigar por que o sistema processual brasileiro ainda se apoia em estereótipos e como a atuação estatal contribui para essa rotulação.

O propósito deste trabalho foi analisar o processo de rotulação sob a perspectiva das funções do Estado, examinando dispositivos normativos e jurisprudenciais que evidenciem um tratamento desproporcional e que contribuam para a criminalização. Além disso, buscou-se discorrer sobre a falibilidade do reconhecimento fotográfico como meio de prova e as ações que o Ministério Público pode tomar para evitar o encarceramento e a condenação de inocentes, evidenciando-a como resultado da seletividade dos sistemas de controle formais. Por fim, pretendeu-se mostrar que um erro ocorrido na fase de inquérito pode perdurar por todo processo penal se o membro ministerial e o juiz não se atentarem às provas apresentadas no processo.

2 - A FRAGILIDADE DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO COMO MEIO DE PROVA

A prova testemunhal é extensivamente empregada no processo penal brasileiro, embora seja reconhecida como falível. Uma das formas primárias dessa prova é o reconhecimento de pessoas, utilizado para identificar a autoria de um crime por parte da testemunha, da vítima ou do corréu na presença de uma autoridade policial ou judicial. No entanto, esse procedimento

tem se revelado uma das formas de prova mais suscetíveis a falhas no sistema jurídico nacional, principalmente devido ao desrespeito ao procedimento legal garantido pelo Código de Processo Penal, assim como à falibilidade da memória humana, que desempenha um papel crucial na reconstrução dos eventos.

É amplamente reconhecido que a memória é suscetível a falhas, e a distorção da memória pode resultar em injustiças significativas, especialmente no que diz respeito ao reconhecimento de pessoas. Como mencionado, a mente humana não é capaz de registrar eventos da mesma maneira que uma fotografia é armazenada em um disco rígido de computador. Esse ponto também é defendido por Damásio que assim explica:

> As imagens não são armazenadas sob a forma de fotografias fac-similares de coisas, de acontecimentos, de palavras ou de frases. O cérebro não arquiva fotografias Polaroid de pessoas, objetos, paisagens; nem armazena fitas magnéticas com música e fala; não armazena filmes de cenas de nossa vida; nem retém cartões com 'deixas' ou mensagens de teleprompter do tipo daquelas que ajudam os políticos a ganhar a vida. [...]. Todos possuímos provas concretas de que sempre que recordamos um dado objeto, um rosto ou uma cena, não obtemos uma reprodução exata, mas antes uma interpretação, uma nova versão reconstruída do original. Mais ainda, à medida que a idade e experiência se modificam, as versões da mesma coisa evoluem. [...]. Essas imagens evocadas tendem a ser retidas na consciência apenas de forma passageira e, embora possam parecer boas réplicas, são frequentemente imprecisas ou incompletas (DAMÁSIO, 2001, p.105).

Além da falha memorial, existe o chamado "fenômeno do foco na arma" que foi corroborado por diversos estudos e evidenciaram que, durante a ocorrência de um crime, a testemunha direciona toda sua atenção para a arma utilizada pelo autor do delito, deixando de memorizar outros elementos relevantes para a resolução do crime, tais como as características físicas do criminoso. Aury Lopes explica o fenômeno da seguinte maneira:

> A presença de arma distrai a atenção do sujeito de outros detalhes físicos importantes do autor do delito, reduzindo a capacidade de reconhecimento. O chamado efeito do foco na arma é decisivo para que a vítima não se fixe nas feições do agressor, pois o fio condutor da relação de poder que ali se estabelece é a arma. Assim, tal variável deve ser considerada altamente prejudicial para um reconhecimento positivo, especialmente nos crimes de roubo, extorsão e outros delitos em que o contato agressor-vítima seja mediado pelo uso de arma de fogo. (LOPES JR, 2014)

O reconhecimento por meio de fotografia é considerado uma forma de reconhecimento não presencial. É uma ferramenta comum em repartições policiais, utilizada para buscar elementos necessários à elucidação da autoria de crimes. Diante das limitadas informações disponíveis para as diligências policiais, o catálogo de fotos contendo perfis de infratores em uma determinada região serve como base para iniciar investigações ou para comparar fotos de suspeitos com outros indivíduos.

Mesmo não estando expressamente previsto na legislação, o reconhecimento fotográfico representa uma forma subsidiária de reconhecimento, realizado diretamente sobre a foto do acusado, e constitui um ato irrepetível, ou seja, uma ação definitiva. Estabelece o artigo 226 do Código de Processo Penal:

> Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:
>
> I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;
>
> II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;
>
> III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;
>
> IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.
>
> Parágrafo único. O disposto no no III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

Como o reconhecimento fotográfico não está expresso no Código de Processo Penal, não foram elencadas orientações específicas para o reconhecimento de pessoas por fotografia, o que o torna um meio de prova atípico. Um dos principais problemas relacionados ao reconhecimento por fotografia é que ele não segue, de maneira análoga, as diretrizes estabelecidas pelo legislador para o reconhecimento presencial. Isso resul-

ta em uma significativa falibilidade desse método como meio de prova, já que, geralmente, durante as investigações e antes do reconhecimento presencial, a testemunha tem acesso a um álbum de fotografias com o objetivo de realizar uma pré-identificação do suposto criminoso.

O álbum de fotografias de suspeitos é uma espécie de catálogo policial que exibe imagens de indivíduos suspeitos às vítimas e testemunhas, os quais são conhecidos por supostamente cometerem crimes em uma determinada região. Essa ferramenta utiliza informações sobre a criminalidade na área, assim como os autores recorrentes das infrações penais. O álbum é frequentemente utilizado quando não há suspeitos identificados, servindo apenas como ponto de partida para as investigações policiais. (LOPES JR., 2014).

Essa prática origina o chamado "efeito compromisso". O efeito compromisso, inicialmente estudado por Gorenstein e Ellsworth, refere-se a uma predisposição que ocorre quando a testemunha identifica alguém por meio de fotografia como sendo o autor do crime e, posteriormente, mantém essa afirmação durante o reconhecimento presencial, mesmo sem certeza. Aury Lopes Jr. aborda essa questão em sua discussão:

> Não há dúvida de que o reconhecimento por fotografia (ou mesmo quando a mídia notícia os famosos 'retratos falados' do suspeito) contamina e compromete a memória, de modo que essa ocorrência passada acaba por comprometer o futuro (o reconhecimento pessoal), havendo uma indução em erro. Existe a formação de uma imagem mental da fotografia, que culmina por comprometer o futuro reconhecimento pessoal. Trata-se de uma experiência visual comprometedora (LOPES JR., 2014).

O reconhecimento fotográfico deve ser considerado apenas como um indício e não como uma prova direta. Portanto, não pode ser utilizado isoladamente para fundamentar uma eventual condenação. Essa é a posição defendida por Eugênio Pacelli Oliveira.

> O reconhecimento fotográfico não poderá, jamais, ter o mesmo valor probatório do reconhecimento de pessoa, tendo em vista as dificuldades notórias de correspondência entre uma (fotografia) e outra (pessoa), devendo ser utilizado este procedimento somente em casos excepcionais, quando puder servir como elemento de confirmação das demais provas (OLIVEIRA, 2020, p. 547).

Como um meio de prova atípico, o reconhecimento por fotografia deveria seguir o mesmo rito do reconhecimento presencial. Além disso, seu uso deve ser excepcional, com seu valor probatório sendo consideravelmente mitigado devido à sua vulnerabilidade.

De acordo com o Código de Processo Penal, para garantir o contraditório, toda prova obtida na fase de investigação deve ser repetida na fase de instrução, com exceção das provas antecipadas, cautelares e irrepetíveis. No entanto, o reconhecimento de pessoas é considerado irrepetível, pois não pode ser reproduzido em condições idênticas e sua repetição compromete sua validade.

O reconhecimento de pessoas pode ser realizado tanto na fase de investigação quanto na fase de instrução. Normalmente, esse procedimento ocorre em ambas as etapas. No entanto, quando conduzido durante a fase investigativa, muitas vezes não respeita o princípio do contraditório, o que invalida sua utilização como meio de prova.

Uma sugestão para minimizar os prejuízos decorrentes da repetição do reconhecimento é seguir as disposições legais sobre provas antecipadas e irrepetíveis. Nesse contexto, o delegado de polícia pode solicitar ao magistrado, se julgar necessário, a produção da prova e convocar as partes para sua realização. Desde que o contraditório seja respeitado, o reconhecimento pode ser utilizado como meio de prova para embasar a sentença proferida ao final da instrução.

Durante a persecução criminal, é lamentável que a prática do chamado "reconhecimento informal" seja recorrente, ocorrendo quando a autoridade competente realiza o ato sem observar integralmente as regras procedimentais previstas na legislação vigente no país. Dessa forma, as normas legais são frequentemente relativizadas em prol da informalidade. Sobre esse cenário, Aury Lopes Jr. discute o seguinte:

> Essa "simplificação" arbitrária constitui um desprezo à formalidade do ato probatório, atropelando as regras do devido processo e, principalmente, violando o direito de não fazer prova contra si mesmo. Por mais que os tribunais brasileiros façam vista grossa para esse abuso, argumentando às vezes em nome do "livre convencimento do julgador", a prática é ilegal e absurda (LOPES JR, 2014).

É importante destacar que o reconhecimento é realizado apenas pela adesão visual da testemunha, o que impede que o acusado conteste de forma fundamentada o resultado alcançado. Portanto, é essencial garantir a adoção rigorosa do procedimento, pois isso constitui uma garantia mínima do acusado.

Devido às falhas inerentes da memória, o procedimento de reconhecimento de pessoas é imperfeito. Por esse motivo, é defendida a ideia de que as regras estabelecidas devem ser rigorosamente seguidas e a não conformidade com essas regras poderia resultar em nulidade, devido ao prejuízo implícito ao acusado.

Considerando que o reconhecimento de pessoas está sujeito aos perigos de contaminação pelo fenômeno das falsas memórias, é inadequado que o magistrado baseie a condenação de um réu apenas no reconhecimento realizado pela testemunha. Mesmo que o resultado seja positivo, se não houver outros elementos probatórios, é necessário adotar outras medidas para evitar que a sentença se baseie exclusivamente no reconhecimento.

Os inúmeros erros judiciários decorrentes de identificações fotográficas deficientes, que foram levados aos tribunais superiores, levaram os magistrados a adotar uma posição uniforme de impossibilitar a admissão de provas que violem a vontade do legislador. Essa nova postura foi fundamentada em estudos científicos que demonstraram os altos índices de falhas da memória humana, os quais contribuem significativamente para as condenações equivocadas devido à falibilidade do reconhecimento.

O julgado abaixo representa claramente a absolvição de um indivíduo acusado de roubo com base apenas na prova realizada por reconhecimento fotográfico:

> HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. ABSOLVIÇÃO QUE SE MOSTRA DEVIDA. ORDEM CONCEDIDA.
>
> 1. A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do HC n. 598.886/SC (Rel. Ministro Rogerio Schietti), realizado em 27/10/2020, conferiu nova interpretação ao art. 226 do CPP, a fim de superar o entendimento, até então vigente, de que referido o artigo constituiria "mera recomendação" e, como tal, não ensejaria nulidade da prova eventual descumprimento dos requisitos formais ali previstos. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões: 1.1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime; 1.2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo; 1.3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva com base no exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento; 1.4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.
>
> 2. Necessário e oportuno proceder a um ajuste na conclusão n. 4 do mencionado julgado. Não se deve considerar propriamente o reconhecimento fotográfico como "etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal", mas apenas como uma possibilidade de, entre outras diligências investigatórias, apurar a autoria delitiva.
>
> 3. Não énecessariamente a prova a ser inicialmente buscada, mas, se for produzida, deve vir amparada em outros elementos de convicção para habilitar o exercício da ação penal. Segundo a doutrina especializada, o reconhecimento pessoal, feito na fase pré-processual ou em juízo, apóso reconhecimento fotográfico (ou mesmo após um reconhecimento pessoal anterior), como uma espécie de ratificação, encontra sérias e consistentes dificuldades epistemológicas.
>
> 4. Se realizado em conformidade com o modelo legal (art. 226 do CPP), o reconhecimento pessoal é válido, sem, todavia, força probante absoluta, de sorte que não pode induzir, por si só, à certeza da autoria delitiva, em razão de sua fragilidade epistêmica. Se, todavia, tal prova for produzida em desacordo com o disposto no art. 226 do CPP, deverá ser considerada inválida, o que implica a impossibilidade de seu uso para lastrear juízo de certeza da autoria do crime, mesmo que de forma suplementar. Mais do que isso, inválido o reconhecimento, não poderá ele

> servir nem para lastrear outras decisões, ainda que de menor rigor quanto ao standard probatório exigido, tais como a decretação de prisão preventiva, o recebimento de denúncia e a pronúncia.
>
> 5. Em julgamento concluído no dia 23/2/2022, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao RHC n. 206.846/SP (Rel. Ministro Gilmar Mendes), para absolver um indivíduo preso em São Paulo depois de ser reconhecido por fotografia, tendo em vista a nulidade do reconhecimento fotográfico e a ausência de provas para a condenação. Reportando-se ao decidido no julgamento do referido HC n. 598.886/SC, no STJ, foram fixadas três teses: 4.1) O reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa; 4.2) A inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se refeito e confirmado o reconhecimento em Juízo. Se declarada a irregularidade do ato, eventual condenação já proferida poderá ser mantida, se fundamentada em provas independentes e não contaminadas; 4.3) A realização do ato de reconhecimento pessoal carece de justificação em elementos que indiquem, ainda que em juízo de verossimilhança, a autoria do fato investigado, de modo a se vedarem medidas investigativas genéricas e arbitrárias, que potencializam erros na verificação dos fatos.

Adicionalmente, o estudo destaca a necessidade contínua de aprimoramento da estrutura processual penal brasileira, visando combater os erros judiciários resultantes de investigações deficientes. Tais erros não afetam apenas o processo em questão, mas todo o sistema de justiça criminal.

Um problema adicional relacionado ao instituto do reconhecimento de pessoas é a trivialização do procedimento previsto na legislação e a falta de observância das prescrições legais, juntamente com a interpretação jurisprudencial de que a não conformidade com as disposições do artigo 226 do Código de Processo Penal não acarreta nulidade, pois é considerada apenas uma norma de recomendação.

É imprescindível a observação da forma legalmente prescrita, sem espaço para procedimentos informais criados arbitrariamente pelo julgador. E, para que isso ocorra, é essencial ampliar o detalhamento dessas normas, e os tribunais devem aplicá-las de maneira rigorosa e uniforme, não as tratando como simples recomendações procedimentais, pois o devido processo legal é uma garantia fundamental do acusado.

3 - ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

O primeiro e mais recente caso a ser estudo é do cidadão Danilo Félix, um jovem negro de 26 anos que já foi detido injustamente devido a falhas de reconhecimento facial em Niterói, por três vezes e, posteriormente, absolvido. O mais estarrecedor desta situação é que a foto de Danilo apresentada às partes foi retirada, ilegalmente, das redes sociais do rapaz e incluída no álbum de fotografias da 76ª Departamento de Polícia, em Niterói, onde ele foi identificado como autor de três roubos ocorridos em julho de 2020.

No primeiro caso, ocorrido em 2020, Danilo que é educador e trabalha em um abrigo para pessoas em situação de rua, foi detido e permaneceu em prisão preventiva por 55 dias até a realização da audiência de instrução, onde a suposta vítima do roubo de moto, ao confrontar Danilo pessoalmente, afirmou que ele não era o responsável pelo crime.

Em 6 de agosto, um mês após o roubo da motocicleta, Danilo Félix foi abordado por policiais à paisana enquanto caminhava pelo centro de Niterói. Ele foi levado à delegacia e recebeu voz de prisão, acusado de ser o autor do roubo. De lá, foi encaminhado para um presídio em Benfica, onde passou por uma triagem e permaneceu por alguns dias. Mais tarde, foi transferido para o Presídio Isap Tiago Teles de Castro Domingues, em São Gonçalo, onde enfrentou condições adversas.[3]

Devido à pandemia, que estava em seu início, e aos protocolos rigorosos, Danilo teve que passar por um período de isolamento antes de ser admitido no presídio. Em suas palavras:

> Ali eu comecei a sentir sintomas da Covid: febre, dor de cabeça, dor no corpo. Eu dividia o espaço com mais umas quinze pessoas. O local onde ficáva-

3 https://piaui.folha.uol.com.br/tres-vezes-suspeito-tres-vezes-inocentado/.

> mos isolados era muito precário, a água que recebíamos era barrenta, e a comida praticamente todos os dias estava estragada[4].

Danilo permaneceu nessas condições por quinze dias e não recebeu o resultado do exame de Covid, pois foi transferido para o presídio Evaristo de Moraes, o Galpão da Quinta, em São Cristóvão, antes que o laudo fosse concluído. Ele permaneceu lá até ser solto.[5] Sobre o caso:

> Em 28 de setembro de 2020, Danilo foi absolvido pelo primeiro crime pela juíza Juliana Bessa, da 1ª Vara Criminal de Niterói. Depois de deixar a prisão, Danilo recebeu a notícia de que responderia a outros dois processos por roubos ocorridos em julho de 2020: um no mesmo dia 2 e outro no dia 14. Mais uma vez, o único elemento probatório contra ele era a foto no álbum da delegacia. Porém, nessa mesma audiência que resultou na sua libertação, a Justiça mandou devolver o segundo processo para a delegacia, pois não aceitou o reconhecimento fotográfico como única prova. Danilo foi liberado, e o processo arquivado.[6]

Ressalta-se que, na fotografia retirada das redes sociais, Danilo é retratado com cabelo curto e bigode, mas, desde 2019, ele usava cabelo longo, cacheado e trançado, o que difere significativamente do perfil do criminoso descrito pelas vítimas que o identificaram pela fotografia. Sobre todas as injustiças sofridas, Danilo desabafou ao expor o racismo sofrido: "Sou um jovem negro de classe baixa, morador de comunidade. Não tem prova nenhuma para me prenderem, e me prenderam. Isso não é racismo? Óbvio que é. Não de uma pessoa específica, mas do Estado, desse Brasil completo.[7]" Danilo ainda relembrou casos como o dele:

> Espero que a Justiça seja feita. Quero lutar para derrubar esse sistema falho. É racismo. Hoje em dia vemos casos de pessoa em situação análoga à escravidão e a gente ainda tem que ouvir que racismo não existiu. Aconteceu comigo, com o violoncelista Luiz Carlos Justino, com o Carlos Henrique (e outros). Isso é racismo que ainda habita em nosso país.[8]

Danilo respondeu, pela terceira acusação de roubo, em 18 de fevereiro de 2023, segunda a qual o rapaz teria roubado uma mochila e de uma aliança de um casal, em 14 de julho de 2020. Mais uma vez, a única evidência para a acusação era a mesma foto de 2018 publicada no Facebook. Segundo Danilo: "A dinâmica é sempre a mesma. Estou vivendo esse pesadelo pela terceira vez. E todos os crimes no mesmo período. Eu não entendo isso. Se eu não estava no primeiro, não estava no segundo, também não estava no terceiro.[9]"

Resta esclarecer que, mesmo após a vítima deixar claro em audiência que já o havia visto pela imprensa e pessoalmente, e, portanto, tinha certeza de que ele não era o autor do crime, Danilo Felix foi submetido a um procedimento de reconhecimento durante a audiência, o que demonstra mais uma violação aos direitos do cidadão.

Danilo afirmou estar tomado por um sentimento de medo de voltar à prisão`e revolta por tudo a que estava sendo novamente submetido: "Eu não quero que ninguém passe por essa covardia. Foi horrível". Sua esposa, Ana Beatriz Sobral, também se mostrou indignada: "Pegaram uma foto do Facebook. Eu quero saber como uma foto de Danilo Félix foi parar no álbum de fotografia da 76ª DP. Quero respostas sobre isso".

Este é o padrão recorrente evidenciado nos inúmeros casos que chegam ao Superior Tribunal de Justiça, através de habeas corpus impetrados, muitas vezes após longos anos da condenação, impulsionados pela mudança de entendimento jurisprudencial dessa Corte. Observa-se, conforme assevera Janaína Matida (2021, p. 141), que "sob o pretexto do combate à criminalidade e à impunidade, a negligência em relação aos procedimentos formais tornou-se uma prática comum em delegacias de polícia em todo o Brasil" e ainda conclui "posteriormente ratificada por promotores e juízes nas etapas subsequentes ao inquérito criminal."

O segundo caso é do Senhor Paulo Alberto da Silva Costa, negro, porteiro de um prédio e sem histórico de prisões ou acusações anteriores,

4 Ibdem.

5 Ibdem.

6 Ibdem.

7 https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2023/04/10/homem-inocentado-de-roubo-vira-reu-mais-uma- vez-por-causa-de-reconhecimento-por-foto.ghtml

8 Ibdem.

9 Ibdem.

teve suas fotos retiradas das redes sociais e incluídas no álbum, e também no mural de suspeitos da Delegacia de Belford Roxo (RJ). A justificativa foi que sua aparência física correspondia à descrição fornecida por vítimas de crimes. Costa, um homem negro de 36 anos, está detido desde março de 2020.

Paulo Alberto da Silva Costa, um homem negro nascido em Paudalho (PE), a 45 km de Recife, chegou a Belford Roxo (RJ) em 1998, acompanhado pela mãe, Maria José, e pela irmã mais nova, Amanda. Sua educação foi até a 8ª série. Em 2015, ele se mudou com sua então esposa para um condomínio do programa Minha Casa, Minha Vida. Trabalhou na instalação do gás encanado, na jardinagem e, desde 2018, atuava como porteiro no local, complementando sua renda com um lava a jato. O drama de Paulo começou dias antes de 6 de março de 2020, data de sua prisão, quando Amanda, sua irmã, descobriu que uma foto dele estava no "mural de suspeitos" da delegacia da cidade. "Era uma foto do Facebook dele. Quase chorei ali mesmo na delegacia."

A Defensoria Pública do Rio de Janeiro argumentou que a identificação visual do suspeito foi sendo construída ao longo da investigação e que ele foi reconhecido apenas por meio de fotografias apresentadas às vítimas, juntamente com outras que mostravam indivíduos com características físicas diferentes. Para demonstrar ainda mais a injustiça a que Paulo foi submetido, durante o reconhecimento realizado na fase processual, Paulo Alberto não foi colocado ao lado de pessoas com as mesmas características que ele, mas sim ao lado de dois indivíduos brancos, como ele mesmo descreve:

> Os policiais pediram para eu escolher os rapazes [que deveriam ir] para o reconhecimento. Quando chegou lá em cima, o juiz mandou descer com os dois rapazes que eu escolhi e subiram com dois branquinhos. Se a vítima foi lesada por uma pessoa escura, ela nunca vai apontar para uma pessoa clara. Achava que eu não ia sair nunca da cadeia.[10]

Em uma dessas ações penais, Paulo Alberto foi condenado pela Justiça do Rio a seis anos e oito meses de prisão. O Tribunal de Justiça do Rio rejeitou um recurso da defesa e, atendendo a um pedido do Ministério Público, aumentou a pena para oito anos. O caso foi então levado ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). O Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) destacou que todos os 62 casos em que Paulo foi acusado e investigado seguiram o mesmo procedimento policial: o reconhecimento fotográfico seguido pelo encerramento imediato das investigações, sem buscar outras provas.

Paulo Roberto só foi libertado após uma decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida em 10 de maio de 2023, afirmando que a Polícia Civil do Rio de Janeiro não apresentou provas suficientes para apontar Paulo Alberto da Silva Costa como o autor dos crimes que lhe foram imputados. Foram mais de três anos preso! A angústia de Paulo Roberto resta demonstrada na seguinte frase: "O mais difícil foi ficar longe da minha família. Você quer mostrar que é inocente, mas não tem como. Se não fosse minha família, Deus em primeiro lugar, não sei." Ao ser libertado, Paulo Roberto se mostrou grato "Deixa Deus no controle, Deus sabe de tudo. Nesse momento, só tenho que agradecer. Quero ver meus filhos agora mesmo, ficar com minha família e poder trabalhar".[11]

Em seu voto, a relatora, Ministra Laurita Vaz, destacou que ocorreu um erro sistêmico e que a identificação apresentava contradições, e ressaltou que o Superior Tribunal de Justiça adota entendimento que o reconhecimento fotográfico não pode, por si só, ser considerada prova cabal para condenação. "O reconhecimento positivo pode comprovar a autoria. Não significa que a afirmação do ofendido que identifica agente do crime é prova cabal. Do contrário, a função dos órgãos de estado seria relegado a segundo plano, a mero homologador da acusação."[12]

No mesmo sentido foram os votos dos Ministros Rogério Schietti: "Não estamos num caso como qualquer outro. Estamos diante de um caso que me envergonha de ser integrante do sistema de Justiça, que é de moer gente. Roda vida de crueldade." E Sebastião Reis:[13]

10 https://www.otempo.com.br/brasil/homem-desabafa-apos-tres-anos-na-cadeia-por-crimes-que-nao-cometeu-1.2922000

11 https://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2023/05/6630713-porteiro-preso-ha-tres-anos-por-falha-em- investigacao-e-solto-em-bangu.html

12 https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/05/10/stj-manda-soltar-porteiro-reconhecido-por-foto-em-62- processos.ghtml.

13 Ibdem.

> O sistema não está funcionando. Em situação anterior, já tinha votado aqui minha preocupação com o racismo. Ele existe, não há como contestar. Basta a leitura dos processos que a gente vai perceber que o preto pobre é principal alvo da atuação policial. Se pegar mesma situação em região periférica do Rio e no Leblon, o comportamento é diferente. Quando é branco, de melhor condição, há tratamento cuidadoso e quando é preta a violência prepondera.

Após três anos, incontáveis interrogatórios, vinte absolvições e onze condenações, das quais quatro não podiam mais ser contestadas, o Superior Tribunal de Justiça determinou, em maio de 2023, a libertação de Paulo e a revisão de todos os processos. "Estamos diante de um caso que me envergonha enquanto membro do sistema judiciário, que deveria primordialmente buscar a justiça, não causar sofrimento às pessoas", afirmou o ministro Ricardo Schietti.

Atualmente, Paulo está auxiliando no corte de grama no condomínio onde reside, enquanto aguarda a oportunidade de retomar sua posição como porteiro, mas não sabe se terá o cargo de volta e enfrenta dificuldades para conseguir um emprego melhor, pois ainda acumula uma extensa ficha criminal com dezenas de registros. Diante de todo ocorrido, Paulo diz não acreditar mais na justiça brasileira e guarda mágoa por não conseguir mais trabalhar como porteiro, "A revolta é de não ter mais minhas coisas, meu trabalho. Família eu vou recuperar. Papai do céu vai me dar outra até melhor que a que eu perdi. Quero só trabalhar e reconquistar o que perdi."[14]

Diante dos inúmeros casos de prisão de inocentes com base apenas no reconhecimento fotográfico, em dezenove de outubro de 2023, foi sancionado o Projeto de Lei n.º 5272/2021, que dispõe sobre procedimento dos agentes policiais civis do Estado do Rio de Janeiro, que proíbe a prisão de investigados com base apenas no reconhecimento fotográfico. O citado Projeto de Lei dispõe que:

> Art. 1º - Fixa procedimentos de verificação de informação de reconhecimento dos investigados a serem adotados por agentes de polícia e delegados:
>
> I - o pedido de prisão deve ser feito através de indícios robustos, não apenas com reconhecimento por fotos como suporte;
>
> II - deve ser feito cruzamentos de dados fornecidos por operadoras de telefonia e dados telemáticos;
>
> III - deve verificar o cadastro funcional do investigado para ratificar a confluência do horário de trabalho/ocupação com a ocorrência.
>
> Art. 2º - Quando o suspeito tiver endereço fixo deve ser solicitado seu comparecimento a delegacia para esclarecimento, sempre que possível.
>
> Art.3º - Somente após a observância dos procedimentos dispostos nesta lei poderá ser pedido a prisão do referido suspeito.
>
> Art. 4º - O não cumprimento do previsto na presente lei acarretará as seguintes sanções:
>
> I - perda de até 50% (cinquenta por cento) dos pontos da delegacia no ranking das ocorrências e resolução.
>
> II - multa de 5.000(cinco mil) UFIR/RJ a ser aplicada na pessoa do agente, sem prejuízo de outras penalidades previstas no código de Ética Policial (Decreto-Lei nº 218/1975) e Comissão de Ética.
>
> Parágrafo único - A receita arrecada com a multa, de que trata este artigo, será revertia para o Fundo Estadual de Combate à Pobreza e Desigualdades Sociais.
>
> Art. 5º - Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Segundo a proposta, a solicitação de prisão deve ser baseada em evidências de autoria e materialidade. Para corroborar as informações de identificação dos suspeitos, os investigadores têm permissão para realizar cruzamento de dados provenientes de operadoras de telefonia e informações telemáticas. Além disso, a autoridade policial deverá verificar o registro de horário de trabalho do investigado, a fim de compará-lo com o horário da ocorrência.

O texto adiciona que a inclusão da pessoa ou de sua fotografia em um procedimento de reconhecimento, seja como investigada ou processada, deve ser fundamentada "em outros indícios de sua participação no delito, como a confirmação de sua presença no dia e local do ocorrido, ou em circunstâncias relevantes". O Projeto de Lei n.º 5272/2021 foi fundamentada na Resolução nº 484/22 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que estipula diretrizes para a condução do reconhecimento de pessoas em processos criminais no âmbito do poder Judiciário. O objetivo primordial é prevenir a condenação de indivíduos inocentes.

14 Ibdem.

O Projeto de Lei também estipula que uma entrevista preliminar seja conduzida com a vítima ou testemunha para obter a descrição da pessoa sob investigação ou processada. A polícia é obrigada a fornecer orientações à vítima ou à testemunha sobre a natureza do procedimento investigativo. Além disso, os agentes devem registrar o grau de convicção da vítima ou testemunha, utilizando suas próprias palavras.

Após esse processo, fica permitido o uso de fotos na modalidade de alinhamento fotográfico. Isso significa que serão apresentadas à vítima ou testemunha uma foto do suspeito, investigado ou envolvido, junto com no mínimo outras quatro fotos de pessoas conhecidas por serem inocentes e que guardem semelhança com o suspeito.

A justificativa do Projeto de Lei n.º 5272/2021[15] expõe, claramente, a necessidade de revisão da prova apenas com fundamento no reconhecimento fotográfico e a análise mais aprofundada de todo o exposto pelas autoridades policiais, ministeriais e judiciais para decretação da prisão dos investigados. Nesse sentido:

> O presente projeto de lei tem por objetivo corrigir equívocos que vem ocorrendo em nosso estado e causando sofrimento e angústia às famílias de vítimas atingidas por reconhecimentos por fotos, muitas vezes antigas e de baixa qualidade. Segundo estudo publicado este ano pelo MIT (Instituto de Tecnologia de Massachusetts) fica demonstrado que os reconhecimentos fotográficos, ainda que realizado por inteligência artificial, apresentam índice de falhas de 34,7% quando se trata de pessoas negras em contraponto a 1% quando se refere a pessoas brancas.
>
> Vimos em nosso estado prisões que levaram inocentes a perda da sua liberdade, chegando a passar em média 60 dias encarcerado, até que se obtenha um *habeas corpus* e poder voltar ao conviver da família para responder em liberdade, tendo que provar sua inocência. Segundo matéria veiculada no site do Supremo Tribunal de Justiça, em maio deste ano, é ressaltado que a Corte, por unanimidade, entende que mesmo atendendo o previsto no Art. 226 do Código do Processo Penal, não é suficiente para assegurar a autoria do delito.
>
> Em entrevista a jornais fluminenses de grande circulação, o atual secretário de Estado da Polícia Civil afirmou que não pode o reconhecimento por foto ser a única evidência em inquérito e embasamento para requerer a prisão.
>
> Diante do exposto, entendemos a necessidade da apreciação do presente projeto de lei pelos meus pares no sentido de contribuir no debate, dentro desta egrégia Casa Legislativa como também na sociedade, buscando maior igualdade de direitos.[16]

Por tudo apresentado neste capítulo, verifica-se que a maioria dos suspeitos erroneamente identificados na fase de reconhecimento fotográfico são indivíduos negros, incluindo pretos e pardos. Essa realidade é alimentada pelo racismo estrutural enraizado na sociedade, o qual é amplificado pela propensão do sistema de justiça em identificar infratores para aplicação de punição, muitas vezes direcionando essa identificação à comunidade negra. Tal tendência reflete a persistência das consequências históricas da escravidão, onde um dos principais contribuintes para a injusta prisão de pessoas negras é o estereótipo do "bandido", amplamente difundido no imaginário social, que associa pessoas negras à criminalidade.

É fundamental lembrar que a Constituição brasileira, por meio do princípio da presunção de inocência, garante a toda pessoa acusada de crime o direito de aguardar em liberdade o desfecho do processo. Assim, a prisão só deveria ser aplicada em circunstâncias excepcionais, especialmente quando a liberdade do acusado representar um risco para a regular tramitação do processo, possibilitando-lhe, por exemplo, coagir testemunhas, vítimas e/ou profissionais do sistema de segurança e justiça.

A autora Janaína Matilda ensina que as prisões de pessoas inocentes decorrem de diversas irregularidades:

> Condenações injustas são produto de uma cadeia de irregularidades cometidas por uns, aproveitadas e chanceladas por outros. Cuidar seriamente de evitar condenações injustas demandará um giro comportamental que, entre outras coisas, deverá conduzir ao abandono da lógica das investigações a jato que se contentam com verdadeiros vazios probatórios. É preciso rumar para o desenvolvimento de uma investigação epistemicamente orientada que não ofereça injustificado protagonismo a uma única prova, muito menos quando é irregularmente produzida. (MATILDA, 2021, p. 141)

É necessário adotar uma postura de respeito para com o indivíduo, inclusive aquele que é

15 http://www3.alerj.rj.gov.br/lotus_notes/default.asp?

16 Ibdem

considerado suspeito de um crime, para que ocorram menos injustiças e erros na área da segurança pública e do sistema de justiça criminal como um todo. Isso não implica em desconsiderar os indícios que possam levar à possível responsabilização penal do suspeito, muito menos negligenciar os meios probatórios e investigativos disponíveis para a polícia esclarecer a autoria do delito. Na verdade, espera-se de todo agente público que tenha o potencial, ou já esteja interferindo na liberdade de alguém um comportamento que respeite as normas e, acima de tudo, demonstre civilidade no tratamento com os envolvidos em um crime, nada mais do que isso.

Além disso, é importante ressaltar que a tão enfatizada presunção de inocência não se limita apenas à atividade judicial ou processual, pois se aplica em qualquer função do Estado quando um de seus agentes se depara com a possibilidade de acusação contra alguém. Desde o policial militar, passando pelas autoridades policiais até o representante do Ministério Público, todos, sem exceção, devem tratar o suspeito ou acusado como inocente até que se prove o contrário.

A Lei de Execução penal, em seu artigo 3º, estabelece: "Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei". E o artigo 38 do Código Penal impõe que "o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral."

Tão alarmante quanto a situação de desamparo daqueles que injustamente sofrem devido ao excesso de prisões é o reconhecimento de que as instituições que compõem o sistema penal brasileiro têm, por meio de suas práticas, optado por transformá-lo em um mecanismo predominantemente repressivo e cautelar.

O Poder Judiciário tem adotado uma postura que considera mais eficaz e menos dispendiosa evitar um processo judicial fundamentado no princípio do contraditório amplo, endossando de forma sistemática e automática as ações policiais e transformando em detenções processuais em grande escala as prisões em flagrante. Diante dessa realidade, amplamente corroborada pelos dados desta pesquisa, a operação cotidiana do sistema penal tem conduzido a uma violação sistemática do direito constitucional a um processo guiado pela presunção de inocência.

4 - A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS PRESOS PROVISÓRIOS E NO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL

O inquérito vai além de um resumo da investigação; é uma peça composta por laudos técnicos, depoimentos registrados em cartório e um relatório legalmente orientado, assinado por um delegado de polícia, graduado em direito, que identifica os suspeitos com base nos indícios encontrados durante a investigação. Trata-se de uma medida administrativa que só pode ser autorizada por um delegado de polícia, através de uma portaria que "instaura" o inquérito.

Uma vez instaurado, não pode ser interrompido pela polícia nem por qualquer outra pessoa, devendo prosseguir até se tornar uma ação penal ou ser arquivado por falta de elementos para seguir adiante no judiciário. É um documento completamente formal, que por lei deve ser integrado ao processo (o que implica que não pode ser separado do processo em nenhum momento) e, em certos casos, pode se estender por dezenas de volumes.

Diante da escassez de recursos, muitas das normas legais que regem os procedimentos durante o inquérito policial são deixadas de lado, sob a alegação de lidar com as dificuldades do cotidiano e responder às demandas urgentes. Essas práticas correntes extrapolam os limites de uma legalidade vista como ultrapassada, por vezes inquisitiva ou até mesmo autoritária, caminhando em direção a uma forma de "ilegalidade pragmática", uma lógica adotada em busca da eficiência.

Quando o formato oficial do inquérito se torna um obstáculo, surgem alternativas práticas para garantir a eficácia em algo que, de outra maneira, não seria capaz de atender à enorme demanda enfrentada pela polícia. Contudo, essa "ilegalidade eficiente" não apenas compromete as garantias dos direitos dos acusados, como também não tem demonstrado ser capaz de ampliar a capacidade investigativa da polícia (MISSE, 2010, p. 13).

A condução da investigação policial e a elaboração do inquérito nas delegacias muitas vezes apresentam flutuações entre o legal e o ilegal nas práticas policiais. A formulação do inquérito, na prática, é influenciada pelo contro-

le das informações obtidas durante as investigações. Nessa perspectiva, é viável considerar, conforme sugerido por Misse, uma "construção social do crime no Brasil":

> No sistema inquisitorial a incriminação se sobrepõe à acusação e ganha autonomia plena, impedindo que as partes envolvidas negociem legalmente e abrindo, em conseqüência, espaço para um mercado clandestino de trocas de bens ou serviços políticos, privadamente apropriados. Não se trata apenas de uma "corrupção" de costumes, ou de um "desvio", mas da constituição de uma ordem ilícita funcional para o tratamento, encaminhamento e solução de contradições sociais em escala microssocial, interindividual, algo como uma "ordem legítima" paralela, em convivência contraditória, mas não necessariamente conflitual, com a ordem legítima legal, e que se baseia na legitimação "tácita" desse tipo de trocas e desse tipo de mercado. (MISSE, 2008, p. 18,19)

A discricionariedade policial, empregada para determinar quais incidentes resultarão ou não em um inquérito policial e, uma vez instaurado, decidir sobre o seu conteúdo, é destacada por alguns profissionais do Sistema de Justiça Criminal como um fator que impacta todo o fluxo judiciário. Nesse contexto, promotores e juízes concordam com a necessidade de implementação de estratégias de regulamentação e controle mais eficazes sobre o trabalho da Polícia Civil (RATTON, 2010, p. 288, 289). Isso ocorre porque, com o aumento da demanda, a discrepância entre os delitos registrados e aqueles efetivamente investigados está se ampliando, o que obriga os policiais a desenvolverem critérios informais para selecionar os casos que serão priorizados.

O principal obstáculo não está no campo judicial, mas sim na passagem do inquérito policial para o Ministério Público, onde as adaptações práticas até agora implementadas têm mostrado pouca eficácia. Não se trata apenas de destacar abusos e corrupção, facilitados pela natureza extrajudicial e opaca dessas práticas. O que acontece na gestão cotidiana do inquérito policial são desvios da legalidade que são institucionalmente gerenciados, por meio de acordos e pactos informais envolvendo a polícia, o Ministério Público e, em alguns casos, o Judiciário, em nome da eficiência do sistema.

O inquérito policial atribui culpa, desempenhando na prática uma função de pré- instrução criminal predominante na fase judicial, embora não garanta de fato o contraditório nem as garantias individuais do acusado. O modelo atual do inquérito policial reforça um viés burocrático e acadêmico em detrimento das atividades de investigação policial. Argumentar que a falta de estrutura é o cerne do problema é questionável, pois mesmo com uma estrutura mais adequada, ainda haveria obstáculos significativos à integração entre as diferentes forças policiais e destas com os demais componentes do Sistema de Justiça Criminal.

A investigação na fase inquisitorial desempenha um papel central no processo de incriminação no Brasil, conectando todos os elementos do sistema, desde o indiciamento de suspeitos até o julgamento. Sua presença predominante no processo de incriminação, longe de ser motivo de elogio, constitui o aspecto mais arraigado e desafiador da resistência à modernização do sistema de justiça brasileiro. Por essa razão, o inquérito policial também se tornou uma peça indispensável, sendo a chave que desbloqueia todas as etapas do processo e alivia o trabalho dos demais agentes do processo de incriminação - os promotores e juízes.

Conforme descrito pelo Conselho Nacional de Procuradores-Gerais, em seu Manual de Controle Externo da Atividade Policial (2012), cabe ao Ministério Público, em defesa da ordem jurídica, atuar tanto judicial quanto extrajudicialmente para garantir e proteger os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, especialmente no que diz respeito aos princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

É importante ressaltar que a atividade de controle realizada pelo Ministério Público é uma parte integrante do sistema de freios e contrapesos estabelecido pelo regime democrático. No entanto, esse controle não implica em subordinação ou hierarquia em relação aos órgãos policiais, conforme explicado por Emerson Garcia:

> Por certo não guarda similitude com subordinação ou hierarquia. Os organismos policiais, quer sob o prisma de sua atividade de polícia administrativa, quer sob a ótica da atividade de polícia judiciária, não estão sujeitos ao poder disciplinar dos membros do Ministério Público. Estão, sim, sujeitos à efetiva fiscalização deste, o que é mero consectário dos múltiplos mecanismos de equilíbrio existentes e um Estado de Direito. Exercendo os órgãos policiais uma função administrativa e nitidamente auxiliar do Ministério Público, cabe a este exercer uma função correcional extraordinária, coexistindo com a atividade correcional ordinária, inerente à hierarquia administrativa e que é desempenhada pela própria administração. (GARCIA, 2008, p. 241)

O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público também tem como objetivo, conforme estabelecido na Resolução nº 20/07 do Conselho Nacional do Ministério Público, assegurar a regularidade e a adequação dos procedimentos empregados na condução da atividade policial, além de fomentar a integração das funções do Ministério Público e das Polícias, com ênfase na persecução penal e no interesse público.

A referida resolução, na realidade, apenas detalha o que já é estabelecido na legislação e na Constituição, facilitando a implementação desse papel principal. Esse controle se fundamenta nos preceitos delineados nos incisos do Art. 2°, transcrito a seguir:

> Art. 2º O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público tem como objetivo manter a regularidade e a adequação dos procedimentos empregados na execução da atividade policial, bem como a integração das funções do Ministério Público e das Polícias voltada para a persecução penal e o interesse público, atentando, especialmente, para:
>
> I - o respeito aos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal e nas leis;
>
> II - a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público;
>
> III - a prevenção da criminalidade;
>
> IV - a finalidade, a celeridade, o aperfeiçoamento e a indisponibilidade da persecução penal;
>
> V - a prevenção ou a correção de irregularidades, ilegalidades ou de abuso de poder relacionados à atividade de investigação criminal;
>
> VI - a superação de falhas na produção probatória, inclusive técnicas, para fins de investigação criminal;
>
> VII - a probidade administrativa no exercício da atividade policial.

Muito importante ao presente estudo é o estabelecido no artigo 4ª da Resolução n. 20/07:

> Examinar, em quaisquer dos órgãos referidos no inciso anterior, autos de inquérito policial, inquérito policial militar, autos de prisão em flagrante ou qualquer outro expediente ou documento de natureza persecutória penal, ainda que conclusos à autoridade, deles podendo extrair cópia ou tomar apontamentos, fiscalizando seu andamento e regularidade.

A abordagem conceitual delineada por Dos Santos (2019) nos proporciona uma visão ampliada do papel do Ministério Público na sociedade brasileira, destacando sua função como indutor de políticas públicas. No âmbito do Estado Democrático de Direito, a Constituição assume uma posição de supremacia normativa no ordenamento jurídico, conferindo caráter imperativo aos seus princípios constitucionais em relação a todo o sistema infraconstitucional, especialmente com o objetivo de prevenir possíveis atos normativos que violem os direitos e garantias fundamentais (SOARES, 2019).

Sob essa perspectiva, o Ministério Público desempenha um papel estratégico no cenário crítico da segurança nacional, devendo atuar com liderança, diálogo, articulação e inteligência transversal, buscando principalmente uma integração entre seus membros para promover uma verdadeira unidade institucional, de maneira proativa e resolutiva, conforme estipulado no artigo 127, §1°, da Constituição Federal de 1988.

O controle externo da atividade policial constitui uma forma específica de controle da administração pública, com fundamento constitucional próprio. Em relação à atividade policial, o constituinte estabeleceu um controle especial, permanente, irrenunciável e externo. Assim, poucas atividades desempenhadas pelos órgãos policiais escapam ao controle do Ministério Público, seja sob o enfoque do dispositivo constitucional específico (art. 129, VII, da Constituição Federal), seja com base no controle geral da administração pública (art. 129, II, da Constituição Federal), incluindo os atos de gestão em consonância com o princípio da eficiência.

O controle exercido pelo Ministério Público deve ser aplicado desde a fase do flagrante até o fim do processo e a demora nas fases processuais não deve ser atribuído exclusivamente à falta de celeridade do Judiciário, mas, especialmente, devido ao prazo rigoroso para a decisão que analisa a legalidade da prisão e decide sobre a necessidade ou não da cautela. Os dados indicam que, além do Judiciário, a Polícia Judiciária contribui amplamente para o atraso do procedimento criminal, desempenhando um papel decisivo na irrazoabilidade do tempo de detenção antes do julgamento, e até mesmo antes do início do processo.

Um estudo chamado "Liberdade em Foco", conduzido pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), foi realizado com cerca de 250 mil indivíduos, que corresponde a aproximadamente

40% da população carcerária nacional e estão atualmente em prisões provisórias; demonstrou quee ssa forma de detenção é caracterizada pelo seu uso excessivo, extensão por períodos consideráveis (em média, cerca de três meses) e focalização predominante em jovens, negros e pessoas de baixa renda, muitas das quais possuem níveis educacionais limitados e empregos instáveis. Essas conclusões foram derivadas de um mutirão realizado na capital paulista durante o primeiro semestre de 2015, com o objetivo de traçar o perfil das pessoas mantidas sob custódia pelo Estado enquanto aguardam julgamento pelos crimes dos quais são acusadas.[17] O estudo concluiu que:

> Os dados apontam para a concretização de uma política criminal que, na contramão da eficácia, faz incrementar a criminalidade, ao passo que abarrota unidades prisionais com nenhuma estrutura que garanta o mínimo existencial. Fossem utilizadas as medidas cautelares alternativas à prisão, desde há quase cinco anos existentes, talvez o cenário fosse um pouco diferente.

Ocorre enorme morosidade na protocolização e no deferimento dos pedidos de liberdade, além do grande número de réus cuja liberdade nem sequer é solicitada, assim, é altamente provável que uma parte significativa dos réus detidos por esses crimes não tenha acesso a serviços de defesa qualificados ou institucionalmente organizados. Do ponto de vista do Poder Judiciário, a análise dos dados destaca a urgente necessidade de estabelecer prazos rigorosos para que os juízes emitam suas decisões.

Um estudo realizado pelas autoras Julita Lemgruber e Márcia Fernandes demonstrou que dois terços das prisões cautelares extrapolaram o prazo.

> Considerando-se que a prisão cautelar muitas vezes dura semanas ou meses e que transcorre sempre em regime fechado, é possível afirmar que 2/3 das prisões preventivas impostas ao conjunto de casos em análise funcionaram como antecipação agravada da pena, já que ao final do processo os réus não foram sentenciados à privação completa da liberdade. Em outras palavras, pode-se afirmar que uma parcela muito significativa das prisões provisórias foi imposta abusivamente, isto é, em franco conflito com o princípio de proporcionalidade entre medida cautelar e punição aplicada: nada menos de 42% dos acusados que foram mantidos presos após o flagrante terminaram cumprindo penas diversas da prisão ou, quando muito, uma pena de prisão em regime aberto; 6% foram absolvidos e 15% enquadraram-se em outras situações processuais, como suspensão condicional do processo ou da pena, extinção de punibilidade ou rejeição da denúncia. (2013, p. 06)

É relevante ressaltar que, ao contrário do Ministério Público, que está legalmente sujeito ao prazo para conclusão e oferta da denúncia, conforme estabelece o artigo 46 do Código de Processo Pena, não é comum exigir que o juiz respeite qualquer prazo legal, embora a norma geral do Código de Processo Penal disponha sobre isso. Mais uma vez, como em outros procedimentos judiciais, prevalece a falta de responsabilidade, no sentido técnico do termo, em relação às possíveis demoras enfrentadas pelos jurisdicionados. O mesmo se aplica aos jurisdicionados em prisão provisória, os quais, ao invés de serem destinatários de prazos inadequados, acabam por não ter nenhum prazo estabelecido.

O Conselho Nacional do Ministério público ressalta que a questão prisional no Brasil tem sido alvo de atenção do Ministério Público por um período considerável. A decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF 347 MC/DF) reconheceu um estado inconstitucional de coisas no sistema prisional brasileiro e oficializou algo que o Ministério Público já alertava há bastante tempo: é crucial realizar ajustes estruturais no sistema de justiça criminal brasileiro, que enfrenta um dilema verdadeiramente complexo.

As responsabilidades do órgão ministerial especializado na execução penal podem ser classificadas em dois grupos distintos: 1) Aquelas desempenhadas durante o curso do processo executivo presidido pelo Juiz competente, caracterizadas principalmente por sua natureza de demanda e parecer; 2) As atividades extraprocessuais realizadas em relação ao condenado e ao preso provisório, que possuem um caráter decisório. Todas as irregularidades e ilegalidades identificadas dentro das instituições penitenciárias se enquadram nas atribuições extrajudiciais e requerem a adoção de medidas adequadas, como investigação e responsabilização.

A respeito da investigação dos casos apresentados às promotorias de execução penal, Vivian

17 https://www.cnj.jus.br/prisoes-provisorias-sao-regra-e-contrariam-legislacao-penal-conclui-estudo/.

Barbosa Caldas (2007)[18] destaca em uma lição pertinente e esclarecedora:

> As principais atribuições do promotor de Justiça na execução penal são as seguintes: zelar pelo correto cumprimento da pena, pela integridade física e moral dos presos, pela individualização do cumprimento da pena, de acordo com a idade, o sexo e a natureza do delito; inspecionar mensalmente os estabelecimentos penais; fiscalizar a regularidade formal das guias de recolhimento e internação; bem como promover a defesa e a garantia dos direitos humanos dos presos.
>
> O Ministério Público tem uma responsabilidade particularmente importante na prevenção de abuso de autoridades, tortura e outras formas de maus-tratos que possam ocorrer dentro dos estabelecimentos prisionais, devendo investigar tais atos e buscar a punição dos responsáveis.

As alegações de erro ou abuso por parte de um agente público policial ou prisional devem ser analisada com a imparcialidade que a investigação requer, ou seja, realizada por um órgão do Ministério Público que atue dentro do sistema, como as promotorias de execução penal. Além do membro ministerial, o defensor público e o juiz atuantes nas Comarcas são obrigados a realizar visitas mensais aos presídios e, nestas ocasiões, recolherem as reclamações dos detentos, analisá-las e apresentarem respostas em tempo hábil.

A resposta à criminalidade carece de efetividade, enquanto os números do sistema prisional revelam que nossas estruturas penitenciárias não conseguem lidar com a quantidade de pessoas encarceradas. Essa contradição não é apenas superficial: de um lado, o sistema de justiça criminal não cumpre suas promessas diante de uma criminalidade cada vez mais organizada e estruturada; por outro lado, a desigualdade social é igualmente evidente na forma desigual como o sistema penal aplica suas sanções.

Além da prisão provisória, que mais parece eterna para alguns, ainda é gritante o desrespeito aos direitos dos detentos, principelmente por parte dos agentes penitenciários e policiais militares. Conforme exposto pelo Conselho Nacional do Ministério Público:

> A tortura tem sido, até certo ponto, uma prática invisível para a sociedade e para o Estado. Basicamente, só existe e adquire forma e substância pelo ângulo do torturado. No mais, é uma prática indizível, invisível e impunível. Essa invisibilidade se reproduz nas ineficientes investigações e nos baixos índices de responsabilização dos seus autores, predominantemente agentes do Estado (em torno de 80%). Perante esse cenário, o torturador se coloca como "infrator" e "intocável" (principalmente quando é um agente do Estado). Podemos dizer, portanto, que a tortura é o crime dos 3 Is: Invisível, Ininvestigável e Impunível. (2020, p. 12)
>
> Os direitos do preso, em qualquer modalidade de prisão e em todos os regimes prisionais, estão plenamente integrados ao título executivo penal, como se fossem expressamente mencionados nele. Esses direitos são derivados de garantias fundamentais que, em última instância, têm origem na Constituição Federal, em consonância com os direitos fundamentais do preso estabelecidos em diversos documentos internacionais.

A execução penal deve respeitar os direitos fundamentais que são assegurados ao preso em virtude da Constituição Federal. Dentro dessa lista de direitos, estão incluídos tanto os direitos específicos do preso quanto os direitos comuns a todos os cidadãos, que também protegem o preso. Isso significa que o preso não perde o direito de ser protegido contra ameaças de violência, tortura, maus-tratos e outros crimes, nem de estar livre de riscos à sua saúde física, mental e integridade pessoal, mesmo ao cumprir uma sentença na prisão. É responsabilidade do Ministério Público racionalizar sua atuação e adotar critérios de distribuição de atribuições que assegurem o exercício efetivo de suas atividades conforme estabelecido na Constituição Federal.

A atuação do Ministério Público se efetiva por meio de dois principais mecanismos de controle das polícias: o controle hierárquico e o controle finalístico de suas atividades. A designação do Ministério Público como responsável pelo controle externo da atividade policial decorre diretamente da disposição constitucional. O objetivo do legislador constituinte foi estabelecer um mecanismo de controle independente que evitasse a utilização política-ideológica dos órgãos autorizados ao uso da força, assegurando que as polícias fossem, de fato, instituições do Estado e não do governo (AGRA, 2019). Esse controle é essencial para garantir a legitimidade dos serviços dos órgãos de segurança pública e para assegurar a eficácia de sua atuação na preservação da ordem pública e da segurança das pessoas e do patrimônio.

18 <http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/artigos-menu/257-o-ministerio-publico-na- execucao-penal>.

Em todos os cenários apresentados, a voz incansável do Ministério Público é evidente. O Ministério Público tem exigido o fortalecimento das estruturas prisionais para cumprir as normas que regem a execução penal, além de se esforçar para garantir que a lei seja aplicada de forma equitativa a todos. Para concretizar essa missão, é urgente e necessário dar visibilidade ao contexto prisional. Nesse sentido, é imprescindível reconhcer os esforços dos membros do Ministério Público em suas diversas funções ao produzirem relatórios e informações para o Conselho Nacional do Ministério Público, a fim de subsidiar melhor suas próprias ações e enriquecer o debate sobre o aprimoramento das funções do Ministério Público.

O Ministério Público e seus órgãos diretivos devem definir de forma precisa as atribuições de seus órgãos de execução para investigar as denúncias de presos inocentes e abusos das autoridades policiais, seguindo as diretrizes do direito internacional humanitário. Além disso, cumpre ao Ministério Público estabelecer um diálogo mais próximo, franco e direto para enfrentar de forma mais eficaz o problema dos erros policiais e judiciais como uma questão de interesse público.

O respeito às leis e a confiança nas instituições democráticas são fundamentais para o Estado de Direito, e, portanto, o Estado não pode ser ineficiente no controle da criminalidade, pois a ineficácia de sua atuação gera a sensação de impunidade e a falta de proteção entre os cidadãos. No Estado Democrático de Direito, o controle dos atos da administração é essencial para sua legitimidade, ou seja, um ato administrativo só é legítimo se estiver sujeito a instrumentos de controle. O controle constitui a última etapa das funções administrativas. Nesse contexto, o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, em sua modalidade concentrada, visa prevenir e corrigir problemas que resultem em ineficiência dos órgãos de segurança pública, garantir a adequação dos atos de gestão à sua finalidade e coibir condutas que violem direitos fundamentais e quaisquer abusos.

5 - CONCLUSÃO

Apesar das garantias constitucionais existentes, o sistema criminal opera de forma seletiva e direcionada, fortalecendo a estigmatização das pessoas periféricas em detrimento da classe dominante, o que evidencia a desigualdade. O estigma da criminalização do povo negro está profundamente enraizado na sociedade, remontando aos tempos da escravidão e refletindo o racismo estrutural. Os órgãos estatais também contribuem para a perpetuação desse erro, pois são compostos por indivíduos inseridos no contexto social, o que alimenta um ciclo vicioso de violência, preconceito, segregação, criminalização e mais violência.

Esse contexto é resultado da disseminação generalizada da ideia do negro como criminoso no imaginário social, uma percepção que é reforçada por um sistema de justiça propenso a criminalizar a pobreza e, especialmente, a comunidade negra. A frequência desses equívocos claramente expõe o racismo profundamente enraizado nas práticas judiciais. Um dos principais impulsionadores das prisões injustas de pessoas negras é o persistente "estereótipo de bandido", o que contribui para a crescente incidência de erros de reconhecimento em nosso sistema legal. Nesse sentido, o procedimento de reconhecimento fotográfico se torna um problema significativo, pois intensifica os aspectos negativos da percepção humana, especialmente em relação às questões raciais, exacerbando estigmas, preconceitos e o racismo.

E embora o magistrado que considera uma prova como idônea e suficiente para a condenação ou para decretar a prisão preventiva tenha a responsabilidade principal, mesmo na ausência de outras evidências que fortaleçam a acusação, a falha ocorre porque a autoridade policial, encarregada da produção da prova, deixa de seguir as diretrizes normativas.

Afinal, as alegações mencionadas pelos acusados poderiam ter sido facilmente confirmadas pelos Delegados de Polícia encarregados das respectivas investigações, utilizando as evidências disponíveis, a fim de evitar que pessoas inocentes fossem detidas com base em uma única prova. No entanto, lamentavelmente, isso não ocorre, evidenciando que a autoridade policial agiu em total desconformidade com o que é preconizado pelo artigo 226 do Código de Processo Penal e, de forma ainda mais crucial, em desconformidade com os princípios e valores fundamentais que embasam todo o sistema jurídico, conforme estabelecido pela Constituição.

Ademais, é imprescindível que o reconhecimento seja respaldado por outras evidências, pois esse procedimento pode amplificar estigmas, preconceitos e o racismo. Em outras palavras, o erro não é exclusivamente do Judiciário, pois ele tem origem com o delegado de polícia (ou, em casos específicos, até mesmo com os policiais militares), persiste com o promotor de justiça e se agrava, resultando em consequências mais sérias e duradouras, com a decisão do magistrado.

Para reduzir sempre visando a eliminação desse erro sistêmico, é crucial promover uma mudança na rotina policial, por meio de uma fiscalização rigorosa pelo Ministério Público, principalmente em relação às provas produzidas pelas polícias militar e civil. Em suma, é essencial revisar os "costumes persecutórios" e o automatismo com que essas e outras questões relacionadas à investigação criminal são tratadas, e, se necessário, abandonar o "conforto dos entendimentos pacificados" na jurisprudência.

Também é de suma importância que as polícias revisem seus procedimentos investigativos, visando conferir maior confiabilidade epistêmica aos elementos informativos e às provas produzidas durante o inquérito policial; e que o Ministério Público exerça seu papel de fiscal do direito, aplicando um controle mais rigoroso sobre a qualidade da investigação policial.

Além disso, a mudança de direção na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu uma nova diretriz para toda a investigação criminal, centrada na prova do reconhecimento formal de pessoas suspeitas de crimes. Contudo, os impactos desse *overruling* só serão efetivos se os juízes e tribunais do país adotarem uma abordagem mais criteriosa na avaliação dessa prova, descartando o material probatório que não esteja em conformidade com o modelo normativo.

Somente desta forma será possível evitar a repetição de casos como os mencionados ao longo do texto, que certamente representam apenas uma pequena fração do que já ocorreu e continua ocorrendo com um grande número de pessoas submetidas a esse tipo de procedimento investigatório. É imperativo, portanto, acabar com esses abusos, que são relatados diariamente na mídia e na crônica judiciária. As dores, o desespero, as privações e as perdas materiais e morais causadas por uma prisão injusta são irreparáveis.

REFERÊNCIAS

AGRA, Wendell Beetoven Ribeiro (2019). **O controle das políticas de segurança pública e da eficiência da atividade policial.** In: Brasil. Conselho Nacional do Ministério Público. O Ministério Público e o Controle Externo da Atividade Policial. Vol. 2. – Brasília: CNMP, pp. 133-150.

BRASIL (1940). **Código Penal.** Decreto Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 mar. 2024.

_____(1941). **Código de Processo Penal.** Decreto Lei nº. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 28 mar. 2024.

_____(1984). **Lei de Execução Penal.** Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984. Dispopnível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 28 mar. 2024.

_____ (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jan. 2024.

_____. Conselho Nacional de Justiça (2016). **Prisões provisórias são regra e contrariam legislação penal, conclui estudo.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/prisoes-provisorias- sao-regra-e-contrariam-legislacao-penal-conclui-estudo/. Acesso em: 20 mar. 2024.

_____. Conselho Nacional de Justiça (2023). **Erros no reconhecimento de pessoas presas recaem sobre negros, diz estudo.** – Brasília: CNJ, 2023.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público (2007). **Resolução nº. 20, de 28 de maio de 2007.** – Brasília: CNMP, 2007. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-0202.pdf. Acesso em: 15 mar. 2024.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público (2019). **O Ministério Público e o Controle Externo da Atividade Policial/Conselho Nacional do Ministério Público.** – Brasília: CNMP, 2019.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público (2020). **A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro/Conselho Nacional do Ministério Público.** – Brasília: CNMP, 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2020). *Habeas Corpus* **598.886/SC**, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 18/12/2020.

BRASÍLIA. Ministério Público do Distrito Federal (2007). **O Ministério Público na execução penal.** Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao- menu/artigos-menu/257-o-ministerio-publico-na-execucao-penal>. 2007. Acesso em: 08 abr. 2024.

CALAMANDREI, Piero (1960). **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados / Piero Calamandrei. Tradução Ary dos Santos.** Imprenta: Lisboa, Livr. Classica, 1960.

DAMÁSIO, António Rosa (2012). **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano.** Trad. DoraVicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

FOLHA DE SÃO PAULO. (2023) **Três veses suspeito, três vezes inocentado.** Disponível em: https://piaui.folha.uol.com.br/tres-vezes-suspeito-tres-vezes-inocentado/. Acesso em: 29 mar. 2024.

LOPES, Aury Jr. DA ROSA, Alexandre Morais. (2014) **Memória não é polaroid: precisamos falar sobre reconhecimentos criminais.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-nov-07/limite-penal memoria-nao-polarid-precisamos--falar- reconhecimentos-criminais. Acesso em 21 abr. 2024.

MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William William. (2021) R**econhecimento fotográfico e presunção de inocência.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, p. 409-440, jan./abr. 2021. Disponível em: https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.506.
Acesso em 28 mar. 2024.

_____, Janaina. CECCONELLO, William. (2021) **Outra vez sobre o reconhecimento fotográfico.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-out-01/limite-penal-outra-vez-reconhecimento fotografico#_ftn8. Acesso em 28 mar. 2024.

MISSE, Michel. (2008) **A construção social do crime no Brasil: Esboços de uma interpretação** in Michel Misse (org), Acusados e Acusadores: Estudos sobre ofensas, acusações e incriminações. Rio de Janeiro: REVA/ FAPERJ, 2008.

_____, Michel. (2010) **O inquérito policial no Brasil: Uma pesquisa empírica.** Rio de Janeiro: NECVU/IFCS/UFRJ, Booklink, 2010.

O DIA. (2023) **Porteiro preso há três anos por falha em investigação é solto em Bangu.** Disponível em: https://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2023/05/6630713-porteiro-preso--ha-tres- anos-por-falha-em-investigacao-e-solto-em-bangu.html. Acesso em: 01 mar. 2024.

O GLOBO. (2023) **Homem inocentado de roubo vira réu mais uma vez por causa de reconhecimento por foto.** Disponível em: https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2023/04/10/homem-inocentado-de-roubo-vira- reu--mais-uma-vez-por-causa-de-reconhecimento-por-foto.ghtml. Acesso em: 20 mar. 2024.

_____. (2023) **STJ manda soltar porteiro reconhecido por foto em 62 processos.** Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/05/10/stj-manda-soltar-porteiro- reconhecido-por-foto-em-62-processos.ghtml. Acesso em: 01 mar. 2024.

O TEMPO. (2023) **Homem desabafa após três anos na cadeia por crimes que não cometeu.** Disponível em: https://www.otempo.com.br/brasil/homem-desabafa-apos-tres--anos-na-cadeia-por-crimes-que-nao-cometeu-1.2922000. Acesso em: 15 mar. 2024.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. (2020) **Curso de Processo Penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

RATTON, José Luiz *et al* (2010). **Refletindo sobre o inquérito policial na cidade do Recife: uma pesquisa empírica.** in Michel Misse, O inquérito policial no Brasil: Uma pesquisa empírica. Rio de Janeiro: NECVU/IFCS/UFRJ, Booklink, 2010.

RIO DE JANEIRO. (2021) Projeto de Lei nº. 5.272, de 15 de dezembro de 2021. Disponível em: http://www3.alerj.rj.gov.br/lotus_notes/default.asp?id=144&URL=L3NjcHJvMTkyMy5uc2YvMGM1YmY1Y2RlOTU2MDFmOTAzMjU2Y2FhMDAyMzEzMWIvYWJkOTlmYWRmZjE2MzdiYjAzMjU4N2FjMDA2ZTk1ZTk/T3BlbkRvY3VtZW50JkhpZ2hsaWdodD0wLDIwMjEwMzA1Mjcy&amp%5Ch. Acesso em: 01 mar. 2024.

COMPORTAMENTO DA VÍTIMA E CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

EDUARDO ALMEIDA DA SILVA

COMPORTAMENTO DA VÍTIMA E CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

EDUARDO ALMEIDA DA SILVA

RESUMO: O presente trabalho visa analisar qual a consequência da anuência da vítima na caracterização do crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência, previsto no artigo 24-A da Lei nº 11.340/2006. Para tanto, é necessário analisar o crime em questão, em especial o seu objeto jurídico e abordar a situação que a mulher vítima de violência doméstica normalmente se encontra, em razão do "ciclo de violência" a que é submetida. A relevância do tema reside na necessidade de correta aplicação da lei penal e conferir proteção à vítima de violência doméstica, valendo ressaltar que o número de casos noticiados é bastante elevado. Ademais, trata-se de assunto que gera divergência jurisprudencial, sendo importante seu estudo para melhor compreensão.

PALAVRAS-CHAVE: Violência doméstica, Lei Maria da Penha, Medidas protetivas de urgência, Crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the consequence of the victim's consent in characterizing the crime of non-compliance with urgent protective measures, provided for in article 24-A of Law nº 11,340/2006. To this end, it is necessary to analyze the crime in question, especially its legal object and address the situation that women who are victims of domestic violence normally find themselves in, due to the "cycle of violence" to which they are subjected. The relevance of the topic lies in the need to correctly apply criminal law and provide protection to victims of domestic violence, it is worth noting that the number of reported cases is quite high. Furthermore, this is a subject that generates jurisprudential divergence, and it is important to study it for better understanding.

KEYWORDS: Domestic violence, Maria da Penha Law, Urgent protective measures, Crime of non-compliance with urgent protective measures.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO.....109

2 - LEGISLAÇÃO 109

3 - CRIME DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA 110

4 - CICLO DA VIOLÊNCIA.....112

5 - DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA COM ANUÊNCIA DA VÍTIMA 113

6 - CONCLUSÃO 116

REFERÊNCIAS 116

1 - INTRODUÇÃO

Vivemos em um país que historicamente demonstra pouco cuidado com as vítimas de infrações penais.

Se a um lado, o acusado, no bojo do processo penal, goza de diversas garantias, muitas insculpidas em sede constitucional, as vítimas encontram maior dificuldade em ter suas peculiaridades consideradas pela Justiça Criminal.

Tal conclusão pode se extrair não apenas da vivência da atuação junto à Justiça Criminal, mas também diante das reiteradas condenações do Estado Brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a grande maioria delas em razão de negligência com os direitos das vítimas.

Em nosso sentir, possui fundamento a advertência realizada pelos professores Ricardo Dip e Volney Corrêa Leite de Moraes Jr., de que o Direito Penal "moderno", influenciado pelo laxismo penal, "desinteressou-se dos cidadãos honestos, ordeiros e pacatos", "ensurdeceu aos lamentos das vítimas e suas famílias" e "degradou semanticamente a expressão *direitos humanos*, transformando-a em carta de indenidade passada *erga omnes* à comunidade facinorosa" (DIP; JÚNIOR, 2002).

A situação é ainda mais grave quando tratamos de defesa de direitos de mulheres vítimas de delitos praticados em âmbito doméstico. Considerando os dispositivos despenalizadores criados pela Lei nº 9.099/1995, a verdade é que a mulher, vítima de infração penal praticada no âmbito doméstico, estava fadada a sofrer as consequências de uma série ilícitos, sem possibilidade jurídica de receber respaldo adequado da Justiça Criminal.

Assim, embora o Direito Penal tenha por escopo a proteção aos valores mais relevantes da sociedade (vida, integridade física, honra, patrimônio etc.), até recentemente não havia preocupação direcionada aos mais vulneráveis alvos de violência.

Segundo o Atlas da Violência do IPEA, o Brasil registrou 56.056 assassinatos de mulheres entre 2009 e 2019. Apenas em 2018, 4.519 mulheres foram assassinadas, correspondendo a uma mulher morta a cada duas horas. Por outro lado, estima-se que ocorram no Brasil 822.000 casos de estupro por ano, sendo mais de 80% de mulheres (IPEA, 2022).

Os números são alarmantes e indicam a necessidade de aperfeiçoamento de políticas públicas para proteção da mulher, em especial àquelas vítimas de violência doméstica.

A situação da mulher vítima de violência doméstica foi substancialmente alterada diante da promulgação da Lei nº 11.340/2006, conhecida como "Lei Maria da Penha", possibilitando, entre outras providências, a fixação de medidas protetivas de urgência, com a finalidade de proteger a vítima.

O aludido diploma foi alvo de relevante alteração promovida pela Lei nº 13.641/2018, com inserção do artigo 24-A, tipificando como criminosa a conduta de descumprimento de medidas protetivas de urgência.

Não obstante o notável avanço legislativo, a aplicação da lei encontra embaraço em interpretações que consideram atípica a conduta de descumprir medidas protetivas caso haja consentimento informal da vítima de violência doméstica, desconsiderando as peculiaridades de tal condição.

Assim, nos propomos no presente trabalho a analisar o seguinte problema: qual é o impacto do consentimento informal da vítima no descumprimento das medidas protetivas de urgência em casos de violência doméstica e familiar?

De início, partimos da hipótese de que o consentimento informal da vítima não deve ser aceito como justificativa para o descumprimento das medidas protetivas de urgência, uma vez que a aceitação poderia comprometer a administração da justiça e desconsiderar a situação de vulnerabilidade da vítima.

2 - LEGISLAÇÃO

O cenário de desamparo às mulheres vítimas de violência doméstica foi substancialmente modificado com a entrada em vigor da nº 11.340/2006, inspirada no caso da célebre Maria da Penha Maia Fernandes.

Conforme narrado em biografia publicada por Maria da Penha, o debate sobre a violência doméstica contra a mulher se intensificou a partir de relatório publicado, no ano de 2001, pela

Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), apontando para a responsabilidade do Estado Brasileiro em virtude de violação de direitos humanos, consistente na demora de decisão definitiva no caso que a vitimou.

Pouco depois, no ano de 2006, foi criada a chamada "Lei Maria da Penha", que prevê tratamento mais rigoroso para os crimes de violência doméstica contra a mulher. Além disso, a lei previu uma gama de medidas que podem ser adotadas pela Autoridade Policial, Ministério Público e Poder Judiciário, na intenção de prevenir a prática de violência doméstica contra a mulher.

A Lei Maria da Penha, naturalmente, foi objeto de modificações ao longo dos dezessete anos de vigência, com a finalidade de aprimorar sua efetividade, sendo digna de destaque a criação do tipo do artigo 24-A (Lei nº 13.641/2018), prevendo o crime de "descumprimento de medidas protetivas de urgência".

A criação do crime específico encerrou debate sobre a adequação da conduta de descumprir medidas protetivas e conferiu maior efetividade aos dispositivos legais de proteção à mulher.

3 - CRIME DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

O crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência foi inserido em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 13.641/2018.

Como dito, a alteração legislativa foi extremamente positiva para defesa das mulheres vítimas de violência doméstica, pois a ausência de tipo penal específico acarretava dificuldade na punição dos autores de tal conduta.

Alice Bianchini e outras apontam para a utilidade da introdução do novo tipo penal em nosso direito (BIANCHINI, 2021):

> A iniciativa visou sanar a divergência jurisprudencial relativa à tipificação da conduta de descumprir as medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha, visto que subsistia na doutrina e na jurisprudência divergência em relação ao correto enquadramento: artigo 330 ou 359 do Código Penal ou, mesmo considerando ser a conduta atípica.

Deve ser ressaltado o entendimento no sentido de que – antes da entrada em vigor da Lei nº 13.641/2018, a conduta de descumprir medidas protetivas de urgência era atípica, em razão da existência de outras sanções previstas em lei, como a possibilidade de decretação da prisão preventiva.

Sobre o tema, temos, por exemplo:

> AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. APELAÇÃO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA. DELITO DE DESOBEDIÊNCIA. ATIPICIDADE.
>
> 1. O descumprimento de medidas protetivas previstas na Lei da Violência Doméstica contra a Mulher não caracteriza crime de desobediência, uma vez que há previsão de consequência jurídica específica, como a prisão preventiva. Precedentes.
>
> 2. Ordem concedida de ofício, para restabelecer a sentença que absolveu sumariamente o paciente em razão da atipicidade. Decisão agravada em harmonia com a jurisprudência desta Corte. Precedente.
>
> 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 292.730/RS) (BRASIL, 2014).

Esse entendimento, absolutamente contrário ao espírito da Lei Maria da Penha, esvaziava a eficácia das medidas protetivas de urgência. A possibilidade, em tese, de decretação da prisão preventiva não substitui a utilidade do reconhecimento da tipicidade criminal da conduta. A prisão preventiva é instituto de direito processual penal e possui regramento rígido, sendo descabida quando desacompanhada de imputação criminal em face do autor. Como decretar a prisão preventiva sem a existência de infração penal a ser imputada ao sujeito que descumpriu as medidas protetivas? Como prender o autor que descumpria as medidas protetivas se não havia necessariamente um ilícito penal e lhe ser atribuído?

A exposição de motivos referente ao Projeto de Lei nº 173/2015, de autoria do Deputado Alceu Moreira, tece crítica absolutamente acertada quanto à leniência jurisprudencial em favor dos autores de violência doméstica:

> As sucessivas interpretações jurisprudenciais acerca da configuração ou não do crime de desobediência em caso de descumprimento da ordem judicial emanada em medidas protetivas da Lei Maria da Penha resultaram em interpretações divergentes entre os Tribunais Estaduais. Atualmente, por meio

> de decisões monocráticas de Ministros de ambas as Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça, consolidou-se o entendimento no sentido da atipicidade. Entretanto, o posicionamento jurídico consolidado é incompatível com o espírito da Lei Maria da Penha, cujo propósito é ampliar e não restringir as hipóteses protetivas. (...) Reduzir o descumprimento das medidas protetivas a simples ilícito civil é uma total irresponsabilidade e falta de compreensão desse terrível fenômeno social. (BRASIL, 2015a).

Assim, buscando reparar essa falha do sistema de proteção à mulher, foi inserido o artigo 24-A ao texto da Lei Maria da Penha, com a seguinte redação:

> Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:
>
> Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.
>
> § 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.
>
> § 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.
>
> § 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis. (BRASIL, 2006).

O novo tipo penal guarda similaridade com os crimes previstos no artigo 330 do Código Penal (desobediência) e artigo 359 do mesmo código (desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito).

Ao crime do artigo 24-A da Lei 11.340/2006 foi cominada a pena privativa de liberdade de três meses a dois anos de detenção, mais grave do que a pena prevista para o crime do artigo 330 do Código Penal (quinze dias a seis meses de detenção e multa) e para o crime do artigo 359 do mesmo diploma (três meses a dois anos de detenção ou multa). Visivelmente, quis o legislador sancionar de maneira mais gravosa o autor que descumpre ordem judicial (artigo 24-A da Lei 11.340/2006 e artigo 359 do Código Penal), em detrimento do descumprimento de ordens exaradas por outros servidores públicos (artigo 330 do Código Penal).

A inequívoca criminalização da conduta possui o efeito prático de permitir a prisão em flagrante em razão do descumprimento das medidas protetivas, uma medida que se mostra bastante benéfica em defesa das vítimas de violência doméstica.

Nesse sentido, a advertência feita por Thiago Pierobom de Ávila:

> A criminalização é importante para assegurar a possibilidade de a autoridade policial prender em flagrante quando houver descumprimento à ordem judicial de MPU sem a prática de outras infrações, como, por exemplo, quando o agressor ronda a casa ou local de trabalho da vítima, volta a ingressar no domicílio do casal, encaminha mensagens à vítima, ou busca os filhos na escola mesmo com a suspensão do direito de visitas. Especialmente, quando tais condutas não são acompanhadas de atos de injúria, ameaça ou agressão física. (ÁVILA, 2018).

Necessário destacar que o núcleo do crime em testilha é "descumprir" decisão judicial, conduta que pode ser apresentar de maneira permanente (por exemplo, quando o agressor descumpre as obrigações de não se aproximar da vítima e do local de moradia dela), permitindo a prisão em flagrante enquanto não cessar a permanência, nos termos do artigo 303 do Código de Processo Penal.

Além da criação do novo tipo penal, que veio conferir maior segurança na aplicação da legislação que visa proteger a mulher vítima de violência doméstica, o legislador foi extremamente feliz ao dissipar, de maneira antecipada, possíveis controvérsias na aplicação do novo diploma legal.

Dessa forma, o § 1º do artigo 24-A da Lei 11.340/2006 preceitua que "a configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas". Nada mais acertado, mormente diante do entendimento de que as medidas protetivas aplicadas com base na Lei Maria da Penha possuem natureza "sui generis", sendo desnecessário, para fins práticos, questionar se pertencem exclusivamente ao direito penal.

Também é digno de nota o disposto no § 2º do artigo 24-A da Lei 11.340/2006, preceituando que "na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança". Dessa maneira, além da consequência prática de permitir a realização da prisão em flagrante em caso de descumprimento das medidas protetivas de urgência, caso ratificado o flagrante pela Autoridade Policial, não será concedida fiança no âmbito policial.

O autor da infração penal, caso preso em flagrante, somente poderá ser colocado em liberdade por decisão da Autoridade Judiciária, com

ou sem arbitramento de fiança. Essa realidade permite uma análise mais acurada da situação antes de deliberar sobre eventual colocação do flagranteado em liberdade, permitindo, inclusive, a fixação de medidas protetivas pelo Poder Judiciário, com pronta intimação do agressor, tudo a depender do caso concreto sob análise.

A impossibilidade de concessão de fiança pela Autoridade Policial está em consonância com a realidade de que o descumprimento de medidas protetivas de urgência é situação de elevada gravidade e, não raro, enseja a decretação da prisão preventiva, nos termos do artigo 312, § 1º e artigo 313, inciso III, ambos do Código de Processo Penal.

Derradeiramente, a nova lei ainda destacou que "o disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis" (artigo 24-A, § 3º da Lei nº 11.340/2006). A exemplo do disposto no artigo 24-A, § 1º da Lei nº 11.340/2006, trata-se de dispositivo útil para evitar tropeços na interpretação da lei. Com efeito, o reconhecimento da prática do crime de descumprimento de medidas protetivas não impede a aplicação de outras sanções, criminais ou não. Por exemplo, caso o autor descumpra a obrigação de não se aproximar da vítima e, na mesma ocasião, a ameace, estarão presentes os delitos previstos no artigo 24-A da Lei nº 11.340/2006 e artigo 147 do Código Penal, com a aplicação das sanções respectivas, observadas as normas referentes ao concurso de crimes.

4 - CICLO DA VIOLÊNCIA

Para melhor entendimento do tema em questão é necessário ter em mente que vítimas de violência doméstica frequentemente se veem inseridas no que se convencionou chamar de "ciclo da violência".

Mulheres alvo de violência doméstica normalmente se encontram em situação de vulnerabilidade e essa peculiaridade precisa ser compreendida, até mesmo para possibilitar que a vítima "se liberte" de eventual pressão frequentemente imposta pelo agressor.

O aludido ciclo da violência é comporto por três fases, que se repetem, com intensificação da violência em cada ciclo: "tensão", "explosão" e "lua de mel" (FERNANDES, 2021, p. 224). Na primeira fase, o homem extravasa sua agressividade em forma de comportamento possessivo, insultos contra a mulher etc. Em seguida, o homem ataca a mulher, com ameaças, agressões, tortura, entre outros comportamentos criminosos. Por fim, consumada a violência, o agressor muda momentaneamente o comportamento e age para convencer a vítima que os atos hostis não se repetirão.

A professora Valéria Diez Scarance Fernandes relaciona o "ciclo da violência" ao "silêncio" da mulher, entendido este como qualquer conduta adotada pela própria vítima para evitar a justa punição do agressor:

> O fenômeno do silêncio da vítima é um dos traços marcantes da violência doméstica e familiar ao redor do mundo, com reflexos diretos no desfecho dos processos criminal e protetivo. Sob o termo genérico "silêncio", pode-se designar a conduta omissiva da vítima em responsabilizar o autor da violência.
>
> Deste modo, o "silêncio", enquanto inação, compreende uma gama de situações: a vítima não registra boletins de ocorrência contra o agressor; a vítima registra boletim de ocorrência contra o agressor, mas renuncia ao direito de representar; após noticiar a violência, a vítima se retrata e inocenta o agressor. (FERNANDES, 2021, p. 223).

Exercendo a função de Promotor de Justiça tivermos oportunidade de verificar diversos casos em que, apesar da existência de medidas protetivas de urgência, a vítima de violência doméstica aceitou a aproximação do agressor, sendo alvo de novos crimes praticados por ele. Apenas para exemplificar, mencionados o que está documentado nos autos nº 0010679-68.2023.8.13.0114, onde o homem, que estava submetido a monitoramento eletrônico, rompeu uma das extremidades da cinta que prendia o aparelho e retornou a residir com a mulher. Não muito tempo após, houve novo atrito entre o autor e a vítima e ele a ameaçou de morte, enquanto a mulher amamentava o filho do casal. A Policia Militar foi acionada e efetuou a prisão em flagrante do autor.

Veja-se que a anuência da vítima quanto ao descumprimento de medidas protetivas de urgência, não raro, se trata de verdadeira manifestação de "silêncio", em casos nos quais a vítima não consiga suportar a pressão importa pelo autor da violência, acabando por "aceitar" novamente o convívio com o criminoso. Sem falar que

essa anuência pode sequer existir na realidade e ser falsamente apresentada perante a Justiça Criminal como justificativa para o comportamento do autor.

5 - DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA COM ANUÊNCIA DA VÍTIMA

Como visto, questão importante e controvertida diante da nova lei é a consequência jurídica de eventual anuência da mulher quanto ao descumprimento das medidas protetivas fixadas pelo Poder Judiciário. Essa manifestação de vontade possui o condão de afastar a tipicidade da conduta do autor, como reconhecido por boa parte da jurisprudência? Ou essa manifestação da vítima é irrelevante para fins de configuração da infração penal?

Necessário salientar a atualidade e seriedade do tema, com a proliferação de casos de violência doméstica em todo o país, conforme pode ser notado nas manchetes cotidianas.

Dessa forma, decidimos analisar a repercussão da anuência da vítima ao descumprimento de medidas protetivas previstas na Lei nº 11.340/2006 na adequação da conduta do autor ao tipo previsto no artigo 24-A da mesma lei.

Sob argumentos de que a anuência da vítima afasta o dolo da conduta do agente ou que não há lesão ao bem jurídico tutelado, parte relevante da jurisprudência se posiciona no sentido da atipicidade da conduta. Contudo, com a devida vênia, o comportamento da vítima e eventual anuência com o descumprimento das medidas protetivas não influenciam na configuração do delito previsto no artigo 24-A da Lei nº 11.340/2006, pois se trata de crime contra a administração da justiça.

Dessa forma, ainda que a vítima preste anuência ao descumprimento da medida, caso ela ainda esteja em vigor, deve ser reconhecido o cometimento do crime em testilha, pois a manifestação de vontade da vítima, por si só, não possui o condão de revogar a decisão judicial.

A exigência de nova ordem judicial para revogação das medidas protetivas é formalidade que atua para proteger a vítima da atuação do agressor, que não raramente se aproximará da mulher (descumprindo as medidas protetivas) e a obrigará a aceitar sua presença. Nesse caso, caso adotado entendimento diverso do que defendemos, bastará ao autor convencer a vítima a declarar que consentiu com a aproximação para sacramentar a impunidade e permitir que se protraia o ciclo da violência.

O crime previsto no artigo 24-A da Lei nº 11.340/2006 possui como objeto jurídico a administração da justiça, de modo que, fixadas medidas protetivas de urgência pelo Poder Judiciário e estando elas em vigor, a caracterização do delito independe de eventual consentimento da mulher.

Veja-se que o delito em questão se trata de previsão específica do legislador, guardando a mesma essência do tipo descrito no artigo 330 do Código Penal, qual seja: "desobedecer a ordem legal de funcionário público".

Analisando o crime de desobediência previsto no Código Penal, Damásio Evangelista de Jesus assevera que se trata de crime contra a administração pública e que o sujeito passivo principal é o Estado (JESUS, 2000, p. 201).

No mesmo sentido, Capez (2005, p. 450) assevera que a lei tutela o prestígio e a dignidade da administração pública e que o Estado é titular do objeto jurídico protegido pela norma penal. Estamos certos de que tais considerações se aplicam ao crime previsto na Lei nº 11.340/2006, guardadas suas peculiaridades.

O delito do artigo 24-A da Lei nº 11.340/2006 também guarda semelhança com o tipo do artigo 359 do Código Penal (desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito). Quanto a essa figura, Damásio ensina que "tutela-se, na espécie, o normal desenvolvimento da justiça, principalmente a criminal" (JESUS, 2000, p. 347).

Necessário ressaltar que, conforme entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, eventual consentimento da vítima é irrelevante para a configuração do crime:

> APELAÇÃO CRIMINAL. DIREITO PENAL. RECURSO MINISTERIAL. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. ARTIGO 24-A, LEI 11.340/2006. CRIME FORMAL. OBJETO JURÍDI-

> CO TUTELADO. BOM FUNCIONAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. DOLO GENÉRICO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA. PROVA SUFICIENTE, IDÔNEA E ROBUSTA. CONDENAÇÃO. O crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência, previsto no artigo 24-A, da Lei 11.340/2006, tem como objeto jurídico tutelado o bom funcionamento da Administração da Justiça, representado pela necessidade de cumprimento das normas protetivas e das decisões judiciais proferidas em contexto de proteção da mulher, vítima de situações de violência doméstica e familiar. Cuida-se de crime formal, que se consuma quando realizada a conduta tida por proibida, ou não realizada a expressamente determinada no ato judicial que deferiu a medida protetiva de urgência, independentemente de dolo específico por parte do agente, ou do consentimento da vítima. Deve ser reformada a sentença absolutória, quando a prova produzida é suficiente, idônea e robusta para definir que o apelado, logo após cientificado do deferimento de medidas protetivas de urgência contra si, em sede de audiência de custódia, descumpre-as ao retornar ao lar de convivência, aproximar-se e manter contato com a vítima, independentemente de consentimento. (DISTRITO FEDERAL, 2023).

Cabe salientar que o mesmo entendimento foi adotado pelo TJMG:

> APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO MINISTERIAL - LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DOMÉSTICO - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA E DA INTERVENÇÃO MÍNIMA - INVIABILIDADE - DESCLASSIFICAÇÃO PARA VIAS DE FATO - NÃO CABIMENTO - DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - CONSENTIMENTO DA VÍTIMA - IRRELEVÂNCIA - REVOGAÇÃO TÁCITA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA - INOCORRÊNCIA - INDISPONIBILIDADE DO BEM JURÍDICO TUTELADO. Comprovadas a materialidade e a autoria do delito previsto no art. 129, §9, do CP (por três vezes), a condenação do réu é medida de rigor. Não há que se falar em aplicação do princípio da bagatela imprópria ou da intervenção mínima, quando a situação delineada nos autos se refere a crime de natureza penal de extrema relevância, praticado no âmbito doméstico, cujo bem jurídico tutelado é a integridade física da vítima. Comprovada ofensa à integridade física da vítima, incabível a desclassificação da lesão corporal para a contravenção penal prevista no art. 21 da LCP. Inviável a manutenção da absolvição, quando a prova contida nos autos é robusta e demonstra com clareza a autoria e materialidade do delito do art. 24-A da Lei 11.340/06 imputado ao apelado. Considerando que o objeto jurídico do tipo é o cumprimento das medidas protetivas de urgência, sendo o sujeito passivo primeiramente a Administração da Justiça, e secundariamente a proteção da vítima, é irrelevante eventuais consentimentos ou permissões da ofendida, porquanto indisponível o bem jurídico tutelado. (MINAS GERAIS, 2023).

Mesmo em julgados mais recentes, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais continua a entender que o descumprimento das medidas protetivas de urgência, apesar do consentimento da vítima, configura a infração prevista no artigo 24-A da Lei nº 11.340/2006:

> APELAÇÃO CRIMINAL - DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS - ABSOLVIÇÃO - ATIPICIDADE - CONSENTIMENTO DA OFENDIDA PARA A APROXIMAÇÃO - IRRELEVÂNCIA - CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA - REGIME ABERTO - IMPOSSIBILIDADE - RÉU REINCIDENTE
>
> - SÚMULA 269 DO STJ. **A anuência da ofendida com a aproximação do acusado não revoga as medidas protetivas de urgência anteriormente fixadas e não impede a condenação do acusado pela prática do crime do artigo 24-A da Lei n. 11.340/06, mormente quando tais medidas tutelam bem jurídico indisponível, qual seja, a administração da justiça**. Inviável a concessão do regime aberto ao réu reincidente cuja pena não ultrapassa 04 (quatro) anos, nos termos da Súmula 269 do STJ. (Apelação Criminal 1.0000.23.254209-2/001) (MINAS GERAIS, 2024a).

Contudo, existe entendimento diverso, entendendo que o consentimento da vítima é suficiente para afastar a ocorrência do delito em pauta, diminuindo sensivelmente a eficácia das medidas protetivas de urgência previstas na Lei nº 11.340/2006:

> PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA (ART. 24-A DA LEI N. 11.340/2006). APROXIMAÇÃO DO RÉU COM O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. INEXISTÊNCIA DE LESÃO OU AMEAÇA AO BEM JURÍDICO TUTELADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
>
> 1. O consentimento da vítima para aproximação do réu afasta eventual ameaça ou lesão ao bem jurídico tutelado pelo crime capitulado no art. 24-A, da Lei n. 11.340/2006.
>
> 2. No caso, restando incontroverso nos autos que a própria vítima permitiu a aproximação do réu, autorizando-o a residir com ela no mesmo lote re-

> sidencial, em casas distintas, é de se reconhecer a atipicidade da conduta.
>
> 3. "Ainda que efetivamente tenha o acusado violado cautelar de não aproximação da vítima, isto se deu com a autorização dela, de modo que não se verifica efetiva lesão e falta inclusive ao fato dolo de desobediência" (HC n. 521.622/SC, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 12/11/2019, DJe de 22/11/2019).
>
> 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 2.330.912/DF) (BRASIL, 2023).

Conforme ressaltado acima, a questão precisa ser analisada sob o prisma do "ciclo da violência", com vistas à efetiva prevenção ao fenômeno da violência doméstica.

É preciso compreender que o comportamento da vítima em aceitar a aproximação do agressor, mesmo com a existência das medidas protetivas, muitas vezes é motivado pela fragilidade em que a mulher se encontra. O homem muda momentaneamente o comportamento e passa a tentar convencer a vítima de que os atos de violência não se repetirão. O encerramento litigioso de uma relação afetiva, em regra, acarreta diversas dificuldades à mulher e à prole, razão pela qual a vítima, em algumas ocasiões, aceita a reaproximação do agressor, aceitando também o risco de ser novamente alvo de condutas agressivas.

Todavia, o comportamento leniente da vítima – que pode ser motivado pelo desespero – não pode ser aceito pelo Poder Judiciário para afastar a figura típica em comento. Caso a vítima deseje a aproximação do agressor, deve apresentar o requerimento respectivo ao Poder Judiciário, para que possa ser analisado pelo Juiz de Direito, que pode revogar formalmente as medidas protetivas, caso entenda adequado. As medidas protetivas de urgência são – em regra – deferidas pelo Juiz de Direito, mediante a verificação de sua necessidade, não sendo correto conferir ao agressor a possibilidade de descumprir a ordem judicial e ter sua conduta ilícita justificada por anuência informal da vítima.

Preceitua a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum" (Decreto- Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, artigo 5º).

De maneira específica, o artigo 4º da Lei 11.340/2006 dispõe que "na interpretação desta lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar".

Veja-se ainda que a Lei 11.340/2006 também determina que "aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995", impedindo a aplicação de instrumentos de justiça criminal negociada. Em sentido semelhante, temos o disposto no artigo 28-A, § 2º, inciso IV, vedando a celebração de acordo de não persecução penal "nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor". Portanto, é vedado ao Ministério Público celebrar transação penal, suspensão condicional do processo ou acordo de não persecução penal em casos de violência doméstica. Qual a razão para permitir que a fragilizada vítima ajuste, de maneira informal, "acordo" com o agressor, permitindo o descumprimento das medidas protetivas?

Por outro lado, em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a Súmula 542 STJ determina que "a ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada". Portanto, não pode a vítima, em casos de violência doméstica, dispor da persecução penal em caso de lesões corporais, independente da gravidade (regra diversa da geral, prevista no Código Penal). Esse entendimento, evidentemente, leva em conta a situação de vulnerabilidade da mulher em situação de violência doméstica, permitindo ao Poder Judiciário o julgamento do fato, independentemente da vontade da vítima.

Veja-se que o mesmo entendimento – ação penal pública incondicionada – é aplicado quanto à contravenção penal de vias de fato, sendo prescindível a representação da vítima:

> APELAÇÃO CRIMINAL - VIAS DE FATO NO ÂMBITO DOMÉSTICO - RECURSO MINISTERIAL - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - IMPOSSIBILIDADE - RENÚNCIA AO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO - IRRELEVÂNCIA - DELITO QUE SE PROCESSA MEDIANTE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA - RECURSO PROVIDO.

> - A contravenção penal de vias de fato é processada mediante ação penal pública incondicionada à representação da vítima, nos termos do art. 17 do Decreto-Lei 3.688/41.
>
> - O fato do casal ter, posteriormente, se reconciliado, por si só, não autoriza a aplicação do princípio da intervenção mínima, tampouco torna irrelevante a conduta previamente praticada pelo acusado. (Apelação Criminal 1.0000.23.266912-7/00104/2024) (MINAS GERAIS, 2024b).

Dessa maneira, não há qualquer razão para aceitar que a mulher, vítima de violência doméstica, renuncie, de maneira informal, às medidas protetivas de urgência, que foram fixadas justamente para sua proteção.

Aceitar o entendimento de que a própria vítima pode, de maneira informal, "revogar" as medidas protetivas é expor ainda mais a mulher alvo de violência doméstica. Trata-se de verdadeiro incentivo ao homem a descumprir ao medidas fixadas pelo Juízo e "convencer" – até mesmo mediante coação – a vítima a "revogar tacitamente" uma medida protetiva que foi imposta pelo Poder Judiciário.

6 - CONCLUSÃO

A análise serena do tema em análise leva à conclusão de que o consentimento informal da vítima não deve ser aceito para a finalidade de levar à atipicidade da conduta de descumprimento das medidas protetivas de urgência.

Razões de ordem técnica e prática levam à necessidade de adotar o entendimento de que o consentimento da vítima não interfere na configuração do crime previsto no artigo 24-A da Lei 11.340/2006.

O aludido delito possui como objeto jurídico a administração da justiça, de modo que não pode o particular renunciar ao valor tutelado pela norma.

Ademais, as normas de interpretação aplicáveis ao caso indicam que é necessário adotar o entendimento que considere a situação de vulnerabilidade da vítima de violência doméstica e familiar.

Se há determinação judicial obrigando o agressor a não realizar contato e não se aproximar da vítima (entre outras obrigações comumente impostas), não há razão para aceitar que o obrigado descumpra tais deveres e apresente – posteriormente – como justificação, a aceitação da mulher.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Thiago Pierobom de. **O novo crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência**: primeiras considerações. 2018. Disponível em: https://escola.mpu.mp.br/conteudos-educacionais/cursos/aperfeicoamento/a-atuacao-do-mp-na-protecao-a-mulher-em-situacao- de-violencia-domestica-e-familiar-modulo-i-atuacao-preventiva/avila-2018-crime-de- descumprimento-de-mpu-1as-consideracoes.pdf. Acesso em: 29 abr. 2024.

BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. **Crimes contra mulheres**. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 173/2015**. 2015a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1297696&filenam e=Tramitacao-PL%20173/2015. Acesso em: 29 abr. 2024.

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: 28 out. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Diário da União, 1940.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Diário da União, 1941.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 4.657 de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Diário da União, 1942.

BRASIL. **Lei n.º 9099 de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Diário da União, 1995.

BRASIL. **Lei n.º 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e dá outras providências. Brasília, DF: Diário da União, 2006.

BRASIL**. Lei n.º 13.641 de 3 de abril de 2018**. Altera a Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. Brasília, DF: Diário da União, 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 542. **Diário da Justiça Eletrônico**. 2015b. Edição n. 1806, Brasília, Disponibilização: Sexta-feira, 28 de agosto de 2015. Publicação: Segunda-feira, 31 de agosto de 2015. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_542_2015_Terceira_Secao.pdf. Acesso em: 16 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Recurso Especial n. 2.330.912/DF. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Quinta Turma. Julgado em 22 ago. 2023. **Diário do Judiciário eletrônico**, 28 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 292.730/RS. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma. Julgado em 20 maio 2014. **Diário do Judiciário eletrônico**, 5 jun. 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** – volume 3. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIP, Ricardo; JÚNIOR, Volney Corrêa Leite de Moraes. **Crime e castigo, reflexões politicamente incorretas**. Campinas: Editora Millennium, 2002.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação Criminal nº 07020200302023807000 6.** 1ª Turma Criminal. Relator: Esdras Neves. Brasília, 28 set. 2023. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj. Acesso em: 8 ago. 2023.

FERNANDES, Maria da Penha Maia. **Sobrevivi**: posso contar. 2. ed. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha**: o processo no caminho da efetividade. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Atlas da Violência**. Brasília, 2022. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/filtros- series/61/violencia-por-genero. Acesso em: 3 jul. 2023.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal.** v. 4. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MESSA, Ana F.; CALHEIROS, Maria Clara da C. **Violência contra a mulher**. Grupo Almedina (Portugal), 2023. E-book. ISBN 9786556279381. Disponível em: https://integrada .minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556279381/. Acesso em: 26 fev. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Criminal nº 1.0382.20.003784-6/001**. 9ª Câmara Criminal. 2023. Relatora: Maria das Graças Rocha Santos. Belo Horizonte, 31 maio 2023. Disponível em: ttps://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagi na=10&numeroUnico=1.0382.20.003784=6-2%001F&pesquisaNumeroCNJ-Pesquisar. Acesso em: 8 jul. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Criminal 1.0000.23.254209-2/001**. 9ª Câmara Criminal Especializa. 2024a. Relator: Des. Walner Barbosa Milward de Azevedo. Julgamento em 3 abr. 2024. Publicação da súmula em 3 abr. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Criminal 1.0000.23.266912-7/001**. 9ª Câmara Criminal Especializa. 2024b. Relatora: Desa. Maria das Graças Rocha Santos. Julgamento em 10 abr. 2024. Publicação da súmula em 10 abr. 2024.

A PRISÃO COMO EFEITO DA CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI: O DIÁLOGO ENTRE A SOBERANIA DOS VEREDICTOS E O PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA

GIOVANI AVELAR VIEIRA

A PRISÃO COMO EFEITO DA CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI: O DIÁLOGO ENTRE A SOBERANIA DOS VEREDICTOS E O PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA

GIOVANI AVELAR VIEIRA

PROFESSOR ORIENTADOR: ADILSON DE OLIVEIRA NASCIMENTO

RESUMO: A tese se propõe a examinar a prisão decorrente da condenação pelo júri popular, inserida no art. 492, Inc. I, "e", do Código de Processo Penal, à luz da soberania dos veredictos populares e do Princípio da Presunção de Inocência, previstos, respectivamente, nos arts. 5º, Incs. XXXVIII, "c" e LVII, da Constituição Federal. O Tribunal do Júri, *locus* onde o Ministério Público patrocina a defesa da vida, direito fundamental que inaugura o artigo 5º, da CRFB/88, tem função bivalente na medida em que assegura, ao mesmo tempo, uma garantia fundamental do réu e da sociedade. Aliás, é no Júri que se concretiza, dentro do Poder Judiciário, a participação direta da sociedade, dando relevo à legitimidade democrática das decisões ali proferidas. Assim, a soberania popular e a presunção de inocência, ambas garantias classificadas como fundamentais, não são autoexcludentes, podendo ser compatibilizadas para dar concretude à legítima escolha legislativa para execução das penas iguais ou superiores a 15 (quinze) anos, nos termos do artigo 492, I, *e*, do CPP.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão; Condenação Júri; Presunção de Inocência; Soberania dos Veredictos.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO 121

2 - INCOMPATIBILIDADE DA PRISÃO POR CONDENAÇÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA..... 121
E O PRINCÍPIO DO ESTADO OU PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

3 - SOBERANIA DOS VEREDICTOS..... 122

4 - LEGITIMIDADE DA PRISÃO APÓS A CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI..... 124

5 - CONCLUSÃO..... 127

REFERÊNCIAS 128

1 - INTRODUÇÃO

Em razão do advento da Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecido como "Pacote Anticrime", foi introduzido no Código de Processo Penal, em seu art. 492, Inc. I, "e", a determinação para que, nas condenações impostas pelo Júri Popular a pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão , seja iniciada a execução provisória da pena, recolhendo-se ou recomendando-se o acusado à prisão.

E registra-se, sobretudo diante da literalidade de seus termos e ainda porque não se faz qualquer referência ao art. 312 do Código de Processo Penal e, por consequência, da necessidade da presença de algum fundamento de ordem cautelar, que se está diante de prisão pena e não prisão cautelar, das quais são espécies a temporária e a preventiva.

Oportuno observar que, no mesmo "Pacote Anticrime" constam os arts. 283 e 313, § 3º, sendo que, enquanto o primeiro impede qualquer espécie de prisão que não tenha natureza cautelar ou que não decorra de condenação criminal transitada em julgado, o segundo veda a decretação da custódia preventiva que tenha por finalidade a antecipação do cumprimento de pena.

Dito isso, resta saber se a execução provisória de pena igual ou superior a 15 (quinze) anos pelo Júri, na forma prevista pelo então art. 492, Inc. I, "e", do Código de Processo Penal, ofende o Princípio do Estado de Inocência, consagrado pelo art. 5º, Inc. LVII, da Constituição, sobretudo, diante da interpretação que lhe foi dada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, quando, além de afirmar a constitucionalidade do art. 283[2] do Código de Processo Penal, reconheceu a inconstitucionalidade da chamada "prisão após condenação de segunda instância".

Vale lembrar que o tema em questão não foi enfrentado pelo Supremo no citado julgamento, mesmo porque a Lei 13.964/2019, responsável pela inserção do atual art. 492, Inc. I, "e", do Código de Processo Penal, passou a vigorar posteriormente. Porém, mesmo sem o delineamento normativo hoje vigente, o então Presidente da Suprema Corte, Ministro Dias Toffoli, ressalvou que a decisão adotada pela maioria não se aplicaria às decisões do Tribunal do Júri, já que (eis que é locução que representa surpresa), por determinação constitucional, seriam essas dotadas do atributo da soberania.

Assim, a resposta à questão passa necessariamente em se confrontar 02 (dois) dispositivos constitucionais, ambos sediados no rol das cláusulas pétreas da Constituição, no caso, o Princípio do Estado de Inocência e a Soberania dos Veredictos do Júri Popular, consagrados, respectivamente, nos Incisos LVII e XXXVIII, "c", do art. 5º.

2 - INCOMPATIBILIDADE DA PRISÃO POR CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO OU ESTADO DE INOCÊNCIA

Quando do julgamento das mencionadas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, o Supremo Tribunal Federal, revendo posição que predominou a partir da decisão exarada no *Habeas Corpus* 126292/2016, estabeleceu o entendimento de que qualquer prisão, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que não tivesse natureza cautelar, ofende a regra disposta no art. 5º, Inc. LVII, da Constituição Federal.

E isso fica claro quando nos confrontamos com os seguintes trechos dos votos dos Ministros Marco Aurélio de Melo, que foi seu relator, e Celso de Mello:

> [...] Atentem para a organicidade do Direito, levando em conta o teor do artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A literalidade do preceito não deixa margem a dúvidas: a culpa é pressuposto da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior.
>
> O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Constituição de 1988 consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da li-

1 Na redação original do Projeto nº 882/2019, além de não haver limite quantitativo, previa-se a execução imediata das penas privativas de liberdade, independentemente do quantum, restritivas de direitos e pecuniárias.

2 O dispositivo, que sofreu mudança posterior pela Lei 13.964/19, apenas para inverter a ordem da cabeça e substituir prisão preventiva temporária ou prisão preventiva por prisão cautelar, prevê que ninguém poderá ser preso, senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou condenação criminal transitada em julgado.

> berdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em virtude de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da pena, que não admite a forma provisória.
>
> A exceção corre à conta de situações individualizadas nas quais se possa concluir pela aplicação do artigo 312 do Código de Processo Penal e, portanto, pelo cabimento da prisão preventiva [...].
>
> [...] Penso ser importante, pois, dar-se consequência efetiva ao postulado constitucional da presunção de inocência, que representa uma prerrogativa de caráter bifronte, cujos destinatários são, de um lado, o Poder Público, que sofre limitações no desempenho das suas atividades institucionais, e, de outro, o próprio cidadão, que encontra, nesse princípio, o fundamento de uma garantia essencial que lhe é reconhecida pela Constituição da República e que se mostra inteiramente oponível ao poder do Estado, neutralizando-lhe, por isso mesmo, qualquer iniciativa que objetive impor ao cidadão restrições à sua esfera jurídica, sem que exista, para tanto, qualquer título judicial definitivo.
>
> O fato irrecusável, Senhor Presidente, é que, em nosso sistema jurídico e em face de expressa formulação constitucional, a inocência é sempre presumida. Trata-se de presunção "juris tantum", de caráter relativo, que subsiste temporariamente, até que se consume o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.
>
> Toda e qualquer pessoa deve ser presumida inocente até que tenha sido reconhecida a sua culpabilidade em sede de condenação penal transitada em julgado.
>
> São essas as razões que me levaram a sustentar, em voto vencido, a tese segundo a qual a execução provisória (ou prematura) da sentença penal condenatória revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente até que sobrevenha o efetivo e real trânsito em julgado de sua condenação criminal, tal como expressamente assegurado pela própria Constituição da República (CF, art. 5º, LVII) [...].

Assim, nos termos da referida decisão, que, embora não consubstanciada em verbete vinculante, deve, para o resguardo da segurança jurídica, nortear as decisões dos demais órgãos do Poder Judiciário, não seria admitida, por ora, ao menos, até que o referido posicionamento, adotado por apertada maioria de votos, seja modificado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, a discussão de qualquer proposta de Emenda Constitucional (que estaria vedada pelo art. 60, § 4º, da Constituição Federal) ou projeto de lei que intente instituir no ordenamento jurídico a "Prisão após Condenação de Segunda Instância".

A decisão do Supremo Tribunal Federal, cumprindo-lhe, por força do art. 102, *caput*, da Constituição, a apreciação da constitucionalidade das leis e demais atos normativos, exceto, por ora, no que diz respeito às condenações proclamadas pelo Júri Popular, cujos veredictos se revestem de soberania, nos termos do art. 5º, Inc. XXXVIII, "c", da Constituição Federal, limita e inibe toda e qualquer tentativa de inserir no ordenamento jurídico a prisão, exceto se fundada por razões de ordem cautelar, antes do trânsito em julgado da condenação penal condenatória.

Isso, em tese, considerando os termos da decisão da Suprema Corte Brasileira, que não apenas declarou a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, mantido pelo "Pacote Anticrime", mas, ainda, entendeu pela inconstitucionalidade da execução provisória da sanção penal, somente seria possível de modo indireto, como v.g. ocorreria através da supressão dos recursos especial e extraordinário ou a previsão de que esses, em regra, não gozariam, em matéria penal, de efeito suspensivo ou até através de alteração na definição do trânsito em julgado.

3 - SOBERANIA DOS VEREDICTOS

Por outro lado, o art. 5º, Inc. XXXVIII, da Constituição assegura ao Júri, além da competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (competência mínima, pois é estendida para os delitos conexos e pode ser ampliada para outros por vontade do legislador infraconstitucional) e de asseguradas a plenitude da defesa e o sigilo das votações, a soberania dos seus veredictos.

Nesse passo, destaca-se, inicialmente, que o termo *Soberania*, sabidamente forte e que, segundo lição de NUCCI (2013, p. 36), diz respeito [...] aquele que tem poder supremo, acima do qual não há outro [...], foi utilizado pela Constituição em apenas 05 (cinco) outras passagens (arts. 1º, Inc. I, 14, *caput*, 17, *caput*, 91, *caput*, 170, Inc. I e 231, § 5º).

Reitera-se que soberania, nesses dispositivos, ora se refere a um atributo do Povo na escolha de seus governantes e representantes (art. 14, *caput*), corolário do princípio veiculado pelo art. 1º, parágrafo único, da Constituição, ora a uma característica muito própria da República Federa-

tiva do Brasil, mas, jamais, em momento algum, a uma decisão judicial.

E, evidentemente, que essa opção tem repercussão e gera consequências, notadamente quando nos referimos à Constituição, que, como tal, é fundamento de validade de todas as demais normas jurídicas.

Em síntese, exceto quando fala do Júri, o constituinte, em nenhum outro momento, veio a rotular qualquer decisão emanada do Poder Judiciário de *soberana*.

Lembro aqui, invocando o ensinamento de Ângelo Ansanelli Júnior, citado por Nucci (2013, p. 48), que o Júri Popular, seja porque presidido por um Juiz de Direito, seja porque suas decisões são passíveis de apreciação por Órgão Colegiado do Poder Judiciário, é majoritariamente considerado integrante desse poder.

E partindo-se de uma das premissas básicas de Hermenêutica Jurídica de que *a lei não contém palavras inúteis*, parece óbvio que a Constituição, ao prever, no citado art. 5º, Inc. XXXVIII, "c", a soberania de seus veredictos, quis, para muito além do que prestigiar o Júri, garantir que, quanto ao mérito, suas decisões não seriam passíveis de revisão pelos demais órgãos do Poder Judiciário, a não ser em situações excepcionais elencadas pela legislação.

Essa conclusão, além de assentada na utilização da soberania para caracterizar os veredictos, reforça-se pelo espírito democrático da Constituição, externado em várias de suas passagens, mas, notadamente, seu art. 1º, parágrafo único, que, no Júri Popular, o povo é chamado a julgar acusados de crimes dolosos contra a vida, bem jurídico que mereceu absoluta atenção, pois, no já restrito rol do art. 5º, *caput*, da Constituição, foi o primeiro a ser destacado. E seria repetitivo dizer que esse especial tratamento dispensado pelo constituinte à vida vai repercutir em todo o ordenamento jurídico, para, v.g., impor ao legislador o estabelecimento de sanções suficientemente severas e efetivas a toda e qualquer conduta ofensiva desse direito e, na interpretação de todo e qualquer ato normativo, a escolha da opção que melhor o salvaguarde.

Concretizando o desejo do Constituinte, que, aliás, como cláusula pétrea que o é, goza de imunidade constitucional, por força do art. 60, § 4º, Inc. IV, da Constituição, o Código de Processo Penal, em seu art. 593, Inc. III, "d", dispositivo recepcionado pela ordem constitucional vigente, admitiu como passível de apelação a decisão dos jurados somente quando "manifestamente contrária à prova dos autos".

E na interpretação desse dispositivo, por *manifestamente contrária à prova dos autos*, a doutrina e jurisprudência têm entendido por decisão absurda, teratológica e que não tenha o respaldo de qualquer das versões possíveis existentes nos autos.

Nesse sentido, o escólio de Guilherme de Souza Nucci:

> É certo, como afirmado na nota anterior, que o duplo grau de jurisdição merece conviver harmonicamente com a soberania dos veredictos, mas nem sempre, na situação concreta, os tribunais togados respeitam o que os jurados decidiram e terminam determinando novo julgamento, quando o correto seria manter a decisão. O ideal é anular o julgamento, em juízo rescisório, determinando a realização de outro, quando efetivamente o Conselho de Sentença equivocou-se, adotando tese integralmente incompatível com as provas dos autos. Não cabe a anulação, quando os jurados optam por uma das versões correntes de interpretação da prova possíveis de surgir. Exemplo disso seria a anulação do julgamento porque o Conselho de Sentença considerou fútil o ciúme, motivo do crime. Ora, se existe prova de que o delito foi, realmente, praticado por tal motivo, escolheram os jurados essa qualificadora, por entenderem adequada ao caso concreto. Não é decisão manifestamente contrária à prova, mas situa-se no campo da interpretação da prova, que é bem diferente. Consideramos que a cautela, na anulação das decisões do júri, deve ser redobrada, para não transformar o tribunal togado na real instância do julgamento de crimes dolosos contra a vida (2015, p.1192).

No mesmo sentido, a sempre citada lição de Renato Brasileiro:

> Decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos: para que seja cabível a apelação com base na alínea "d" do inciso III do art. 593 do CPP, e, de modo a se compatibilizar sua utilização com a soberania dos veredictos, é necessário que a decisão dos jurados seja absurda, escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do conjunto probatório constante dos autos. Portanto, decisão manifestamente contrária à prova dos autos é aquela que não encontra nenhum apoio no conjunto probatório, é aquela que não tem apoio em nenhuma prova, é aquela que foi proferida ao arrepio de tudo que consta dos autos, enfim, é aquela que não tem

> qualquer prova ou elemento informativo que a suporte ou justifique, e não aquela que apenas diverge do entendimento dos juízes togados a respeito da matéria (2017, p. 1442).

Nossos Tribunais não têm se posicionado de forma diversa, senão vejamos:

> [...] É descabida a determinação de novo julgamento, uma vez que não representa nulidade a escolha pelos jurados por uma tese entre as possíveis a partir da intelecção fático-probatória realizada, sob pena de usurpação de competência e de ofensa ao princípio da soberania dos veredictos. Doutrina e jurisprudência (AgRg no REsp 1864231/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 25/6/2020) [...] (BRASIL, 2020).

> [...] 1.A *soberania* dos veredictos é garantia constitucional do *Tribunal do Júri*, órgão competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; sendo a única instância exauriente na apreciação dos fatos e provas do processo. Impossibilidade de suas decisões serem materialmente substituídas por decisões proferidas por juízes ou Tribunais togados. Exclusividade na análise do mérito. 2.A introdução do quesito genérico na legislação processual penal (Lei n. 11.689, de 09 de junho de 2008) veio claramente com o intuito de simplificar a votação dos jurados – reunindo as teses defensivas em um quesito –, e não para transformar o corpo de jurados em "um poder incontrastável e ilimitado". 3.Em nosso ordenamento jurídico, embora soberana enquanto decisão emanada do Juízo Natural constitucionalmente previsto para os crimes dolosos contra a vida, o específico pronunciamento do *Tribunal do Júri* não é inatacável, incontrastável ou ilimitado, devendo respeito ao duplo grau de jurisdição. Precedentes.

> 4.A apelação não substitui a previsão constitucional de exclusividade do *Tribunal do Júri* na análise de mérito dos crimes dolosos contra a vida, pois, ao afastar a primeira decisão do Conselho de Sentença, simplesmente, determina novo e definitivo julgamento de mérito pelo próprio *Júri (...)* (BRASIL, 2020).

Mesmo nesses casos, nos quais a decisão do Júri popular divorcie- se, por absoluto, da prova dos autos, não é demais lembrar que a cassação de seu veredicto terá por consequência a realização de novo julgamento, mas, jamais, sua substituição por outro órgão do Poder Judiciário, o que, ao mesmo tempo, reafirma a soberania dos veredictos assegurada pelo art. 5º, Inc. XXXVIII, "c", da Constituição e impede julgamentos absolutamente apartados da prova colhida nos processos por crimes dolosos contra a vida.

4 - A LEGITIMIDADE DA PRISÃO APÓS A CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI

Nessa linha de raciocínio, acrescenta-se, a não deixar dúvida da força da qual se revestem as decisões do Tribunal do Júri, que o próprio Supremo Tribunal Federal, embora, por maioria apertada de votos, tenha firmado o entendimento de que a prisão, como efeito da condenação, somente é possível após esgotados os recursos, admitia, por meio de sua Primeira Turma, como legítima, antes mesmo do advento da Lei 13.964/19, responsável pela introdução do art. 492, Inc. I, "e", do Código de Processo Penal, a expedição de mandado de prisão para réus condenados pelo júri popular já a partir da primeira instância.

Nesse sentido:

> Direito Constitucional e Penal. Habeas Corpus. Duplo Homicídio, ambos qualificados. Condenação pelo Tribunal do Júri. Soberania dos veredictos. Início do cumprimento da pena. Possibilidade. 1. A Constituição Federal prevê a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, d). Prevê, ademais, a soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, c), a significar que os tribunais não podem substituir a decisão proferida pelo júri popular. 2. Diante disso, não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso. Essa decisão está em consonância com a lógica do precedente firmado em repercussão geral no ARE 964.246- RG, Rel. Min. Teori Zavascki, já que, também no caso de decisão do Júri, o Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri. 3. Caso haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, hipóteses incomuns, o Tribunal poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso. 4. Habeas corpus não conhecido, ante a inadequação da via eleita. Não concessão da ordem de ofício. Tese de julgamento: "A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade (BRASIL, 2017).

Na oportunidade, o Ministro Luís Roberto Barroso, relator do referido acórdão, fez consignar que:

> [...] a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação pelo Tribunal do

> júri, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri, e o Tribunal não pode substituir-se aos jurados na apreciação de fatos e provas (CF/88, artigo 5º, XXXVIII, c), o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar (CF/88, artigos 5º, caput e LXXVIII e 144) (BRASIL, 2017).

Observa-se aqui que, cotejado o Princípio Constitucional do Estado de Inocência com a Soberania dos Veredictos, o que não havia ocorrido quando do julgamento das ADC's 43, 44 e 54, a Suprema Corte entendeu por perfeitamente consentânea com a Constituição, independentemente da presença dos fundamentos da prisão preventiva, a segregação após a condenação pelo júri popular.

Oportuno asseverar que a Suprema Corte, ao legitimar a prisão após condenação provisória pelo Júri, em ponderação muito próxima do que posteriormente veio a se consagrar como texto normativo, no art. 492, § § 3º e 5º, do Código de Processo Penal, com redação conferida pela Lei 13.964/2019 ("Pacote Anticrime"), ressalvou que essa antecipação da pena poderia ser afastada pela presença de fortes indícios de nulidade ou de que a responsabilização se revele absolutamente contrária à prova dos autos.

Assim, equivocado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, quando, por ocasião do julgamento do *HC* nº 538.491/PE, entendeu, invocando como fundamento a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADC's 43, 44 e 54, por "ilegal" a prisão decorrente de condenação pelo Júri Popular:

> HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CONDENAÇÃO PROFERIDA PELO TRIBUNAL DO JÚRI. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.
>
> 1. Após o julgamento da Suprema Corte das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, houve alteração legal no art. 492, inc. I, alínea "e", do CPP, em que é determinado que o Juiz Presidente do Tribunal de Júri proferirá sentença que, em caso de condenação, "mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos".
>
> 2. Contudo, é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que é ilegal a execução provisória da pena como decorrência automática da condenação proferida pelo Tribunal do Júri.
>
> 3. Habeas corpus concedido para obstar as execuções provisórias das penas impostas aos pacientes (BRASIL, 2020).

Nesse ponto, como o Superior Tribunal de Justiça, ao negar aplicação ao art. 492, Inc. I, "e", do CPP, utilizava o argumento de que a prisão não teria assento na Constituição, para o que deveria ter sido observada a cláusula de reserva de plenário, determinada pelo art. 97[3] da CR, e reafirmada pela Súmula Vinculante 10 do Supremo Tribunal Federal, o Ministério Público de Minas Gerais, então, manejou reclamação junto a essa mesma Corte contra decisão exarada nos autos do HC nº 737.749.

Na hipótese, após condenação pelo júri popular a 21 anos de reclusão pela prática do delito disposto no art. 121, § 2º, Inc. II e § 4º, *in fine*, do Código Penal, o Juiz Presidente, nos autos 0951754-46.2020.8.13.0024, decretou, com o amparo de art. 492, Inc. I, "e", do CPP, a prisão do acusado A. I., tendo a decisão sido confirmada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais em sede de *habeas corpus*.

Provocado pelo mesmo instrumento, o Superior Tribunal de Justiça, todavia, nos autos do HC nº 737749, concedeu liminarmente a ordem, ratificando-a, posteriormente, para obstar a determinação da execução da sentença:

> HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. RÉU SOLTO. EXECUÇÃO IMEDIATA DO VEREDICTO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.
>
> 1. No julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, assentou-se a constitucionalidade do art. 283 do CPP, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória, considerado o alcance da garantia do art. 5º, LVII, da CF. Firmou-se a orientação de que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente,

3 Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência no todo ou em parte.

em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de título criminal precluso na via da recorribilidade.

2. Com lastro nos amplos debates e na decisão erga omnes e com efeito vinculante do Supremo Tribunal Federal, apesar da disposição do art. 492, I, "e", do CPP e da discussão ainda pendente de julgamento acerca de sua constitucionalidade (Tema n. 1068 de repercussão geral), a jurisprudência da Quinta e da Sexta Turmas compreendem ser ilegal, conforme a interpretação conferida ao direito fundamental da presunção de inocência, mandar prender o réu solto para execução imediata e provisória de condenação não definitiva lastreada em veredicto do Tribunal do Júri, como ocorreu na hipótese.

3. Ainda que gravíssimas as acusações, o paciente permaneceu, com a autorização judicial, em liberdade durante todo o processo, somente podendo ser dela privado, antes do trânsito em julgado da condenação, se fato novo e contemporâneo (art. 312, § 2º do CPP), justificar a aplicação da prisão preventiva.

4. Habeas corpus concedido.

A citada reclamação[4] foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, que, em decisão monocrática do então Ministro Ricardo Lewandowski, aos seguintes argumentos:

[...]

Conforme se verifica, entendo estar caracterizada a inobservância da Súmula Vinculante 10, segundo à qual "[v]iola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte."

Isso porque a autoridade reclamada afastou a aplicação do art. 492, I, e, do CPP, com a redação dada pela Lei 13.964/2019, sem a declaração de sua inconstitucionalidade – por entender ser ilegal a prisão de réu solto para execução provisória da pena fundada em veredicto do Tribunal do Júri, diante do princípio da presunção de inocência –, e por intermédio de sua Sexta Turma, órgão fracionário.

Ressalto, ademais, que não há precedente do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

De fato, a constitucionalidade da execução imediata de pena igual ou superior a 15 (quinze) anos aplicada pelo Tribunal do Júri está sob análise do Plenário desta Corte no julgamento do RE 1.235.340/SC (Tema 1.068 da Repercussão Geral), com pedido de vista do Ministro André Mendonça.

Desse modo, é necessário o retorno dos autos ao STJ para que este, por meio de seu Plenário ou Órgão Especial, se pronuncie sobre a matéria.

Isso posto, julgo procedente o pedido para cassar o ato reclamado e determinar que outro seja proferido em seu lugar, com a observância do disposto na Súmula Vinculante 10, como condição para o afastamento do art. 492, I, e, do CPP. Prejudicado o exame da medida liminar.

Essa decisão, posteriormente, veio a ser confirmada, de forma unânime, em agravo regimental movido pela defesa[5], bem como veio a ser reproduzida em outras reclamações movidas em face de decisões do Superior Tribunal de Justiça alicerçadas na mesma tese[6].

Feito esse registro, assinala-se que a soberania dos veredictos, cláusula pétrea assentada no artigo 5º, Inc. XXXVIII, "d", da Constituição, não foi examinada pelo Supremo Tribunal Federal quando decidiu pela inconstitucionalidade da prisão após condenação de segunda instância.

Sendo assim, o precedente invocado pelo STJ para reputar ilegal a prisão não poderia ser utilizado como razão de decidir.

E isso também ocorreu quando o próprio Supremo, por meio da Segunda Turma, consignou que a execução provisória ora examinada não seria possível sob o mesmo argumento acima utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça:

Direito penal e processual penal. 2. Execução provisória da pena. Impossibilidade. Precedentes (ADCs 43, 44 e 54). 3. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para declarar a ilegalidade de execução provisória da pena e, assim, revogar a prisão decretada por tal fundamento, se inexistente outro motivo para a segregação do paciente e se ausentes fundamentos concretos de prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP e em conformidade com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2019).

Dada a importância da matéria, o Supremo Tribunal, em julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.235.340/SC, afetado como represen-

4 Reclamação 57 257 Minas Gerais.

5 Julgamento ocorrido na sessão virtual de 18.8.2023 a 25.8.2023 e publicada no DJe do dia 31.8.2023.

6 Reclamação 59.594.

tativo do Tema de Repercussão Geral 1.068[7], foi retomado em 30 de junho do corrente ano, no plenário virtual do STF, após pedido de vista, estipulado o dia 07 de agosto do mesmo ano para o seu término.

A Suprema Corte provia o referido recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público de Santa Catarina, pendente de definição apenas se a execução imediata abrangia qualquer pena ou apenas aquelas superiores a 15 anos, pois enquanto os ministros Luís Roberto Barroso (relator), Dias Toffoli, Alexandre de Moraes e Cármen Lúcia e André Mendonça elegeram a primeira opção, o Ministro Edson Fachin optou pela segunda, o julgamento.

O julgamento, estando o placar em 6 a 3 pela constitucionalidade da prisão, foi suspenso pelo Ministro Gilmar Mendes, vencido ao lado dos Ministros Ricardo Lewandowski e Rosa Weber, e, quando faltavam os votos dos Ministros Nunes Marques e Luiz Fux, ao determinar o destaque do processo do Plenário Virtual, utilizando a prerrogativa prevista no art. 21-B, § 3º, do Regimento Interno da Corte, o que ensejou o seu encaminhamento para julgamento presencial, com publicação de nova pauta, com o reinício do julgamento e da colheita de votos.

De qualquer maneira, se, por um lado, a prisão em análise, segundo o Supremo Tribunal Federal, segundo 06 dos 09 ministros que já se posicionaram sobre a matéria, no julgamento do Tema de Repercussão Geral 1.068, é constitucional a execução da pena aplicada pelo Tribunal do Júri, presentes os requisitos dispostos no art. 492, Inc. I, "e", do CPP, ela somente pode ser afastada caso presentes as hipóteses dispostas em seus § 3º e § 5º.

E nunca é sem propósito rememorar que, segundo o Princípio da Concordância Prática ou Harmonização, como nos ensina Novelino (2013, p. 179), na interpretação de dispositivos constitucionais, havendo colisão, intérprete deve coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, realizando redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles. Os bens constitucionalmente protegidos devem ser tratados de modo que a afirmação de um não implique o sacrifício total do outro.

5 - CONCLUSÃO

Tomando por base a soberania dos veredictos do Júri, garantida pelo art. 5º, Inc. XXXVIII, "c", da Constituição e concretizada, no plano infraconstitucional, pelo art. 593, Inc. III, "d", do Código de Processo Penal, a execução imediata de suas condenações, instituída pelo art. 492, Inc. I, "e", do Código de Processo Penal, através da Lei 13.964/2019, não se submete aos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54 e é compatível com o Princípio do Estado ou Presunção de Inocência assentado no art. 5º, Inc. LVII, da Constituição.

Ademais, ressalta-se que a questão é objeto do Recurso Extraordinário 1.235.340/SC, escolhido como representativo no Tema de Repercussão Geral 1.068, sendo que, com os votos favoráveis de 06 dos 09 ministros que votaram até a retirada do feito do plenário virtual para o físico, prevalece no Supremo Tribunal Federal a tese de que *[...] A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada [...].*

Feito esse registro, partindo-se da premissa de que, no choque entre princípios constitucionais (soberania dos veredictos x presunção de inocência), a interpretação a ser adotada deve ser aquela que não exclui qualquer deles (Princípio da Concordância Prática ou Harmonização), forçoso reconhecer, ainda porque revela opção do próprio povo, através de seus representantes eleitos, que a norma do art. 492, Inc. I, "e", do CPP, não descortina qualquer ofensa ao Princípio do Estado de Inocência.

Acrescenta-se que, se, por um lado, o art. 2º, parágrafo único, da Constituição, prescreve que o *Poder emana do Povo*, esse mesmo povo, representado pelo Júri Popular, ao condenar alguém a pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, e, ao estabelecer, por seus representantes eleitos para a Câmara dos Deputados e Senado Federal, a norma do art. 492, Inc. I, "e", do CPP, deixou por demais claro que deseja que condenados nessas condições sejam levados ao cárcere.

7 Constitucionalidade da Execução Imediata de Pena Aplicada pelo Tribunal do Júri. Descrição: Recurso Extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, inciso XXVIII, alínea c, da Constituição Federal, se a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de pena imposta pelo Conselho de Sentença.

Ademais, nos termos do art. 492, § § 3º e 5º, do Código de Processo Penal, até mesmo como um filtro para evitar injustiças, havendo questão substancial, ou seja, importante, relevante, e plausível que possa ser acolhida em eventual recurso, o Juiz Presidente pode negar a execução imediata da prisão, o mesmo ocorrendo, quando o relator do recurso, identificando que não se trata de questão meramente protelatória, vislumbrar questão com as mesmas características, apta, como tal, a ensejar a absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para quantum inferior a 15 (quinze) anos.

Assim, a execução imediata condiciona-se, ainda, à ausência de questão substancial que, de forma plausível, possa levar à anulação do julgamento, cassação do veredicto (hipótese muito pouco plausível quando se considera que a acusação já passou pelos filtros do recebimento da denúncia e pronúncia) ou à diminuição da pena para aquém desse patamar.

Em síntese, se a decisão oriunda do júri popular, exarada, em processo no qual é assegurada a plenitude de defesa, que, para alguns, como é o caso de Nucci (2007, p. 32), mesmo com prejuízo ao contraditório, autoriza, inclusive, a inovação na tréplica, e revestida do *status* de soberana, o que, como tal, lhe confere o poder de, salvo se manifestamente contrária à prova dos autos, não ser passível de revisão judicial, que, se, for o caso, poderá apenas determinar novo julgamento pelo próprio júri, o art. 492, Inc. I, "e", do Código de Processo Penal, ao determinar que a pena igual ou superior a 15 (quinze) anos, ainda porque fruto da vontade popular, exteriorizada através de seus representantes eleitos na Lei 13964/2019, não está a se ressentir de qualquer afronta ao texto Constitucional.

Há, portanto, tão somente legítima opção, considerando a soberania dos veredictos, que nada mais é do que, no caso dos crimes dolosos contra a vida, da reiteração da regra de que todo o *Poder emana do Povo*, de que pessoas condenadas por júri popular iniciem, de pronto, o cumprimento da pena se essa for igual ou superior a 15 anos de reclusão.

Assim, por todo o exposto, a prisão do art. 492, Inc. I, "e", do Código de Processo Penal, não ofende o Princípio do Estado de Inocência, consagra a soberania dos veredictos populares e, segundo a maioria dos integrantes do Supremo Tribunal Federal, órgão precipuamente incumbido pela Constituição de defendê-la, não desvela qualquer inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 538.491/PE, da 6ª Turma, Rel.: Min. Nefi Cordeiro, 15.12.2020. Disponível em: < www.stj.jus.br > Acesso em: 2.mar.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 623107/PA, da 6ª Turma, Rel.: Min. Nefi Cordeiro. Brasília, 15.12.2020. Disponível em: < www.stj.jus.br > Acesso em: 29.mar.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC's 43, 44 e 54, do Tribunal Pleno, Rel.: Min. Marco Aurélio de Mello. Brasília, 23 e 24.10.2019. Disponível em: < www.stf.jus.br >. Acesso em: 27.mar.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 118770, da 1ª Turma, Rel.: Min. Roberto Barroso. Brasília, 7.3.2017. Disponível em: < www.stf.jus.br
Acesso em: 2.mar.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 163814, da 2ª Turma, Rel.: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 19.11.2019. Disponível em: < www.stf.jus.br
Acesso em: 18.mar.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 170.559, da 1ª Turma, Rel.: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 3.12.2019. Disponível em: < www.stf.jus.br > Acesso em: 2.mar.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 737749 - MG (2022/0118002-9), da 6ª Turma, Rel.: Min. Rogério Schietti. Brasília, 3.5.2023. Disponível em: < www.stj.jus.br > Acesso em: 27.set.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 57.257 Minas Gerais, 2ª Turma, Rel. : Min. Ricardo Lewandowski, Disponível em: <www.stf.jus.br > Acesso em: 26.set.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1.235.340, do Pleno, Rel.: Min. Roberto Barroso, Brasília, 04.5.2020. Disponível em: < www.stf.jus.br > Acesso 2.mar.2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. 2.ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 8.ed. São Paulo: Método, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FUNDAMENTOS DE VALIDADE DA BUSCA PESSOAL: APONTAMENTOS SOBRE OS REQUISITOS E LIMITES QUE (DES)LEGITIMAM A ABORDAGEM E A BUSCA PESSOAL DO CIDADÃO PELA POLÍCIA OSTENSIVA

GISELE MENEZES RIBEIRO DE OLIVEIRA

FUNDAMENTOS DE VALIDADE DA BUSCA PESSOAL: APONTAMENTOS SOBRE OS REQUISITOS E LIMITES QUE (DES)LEGITIMAM A ABORDAGEM E A BUSCA PESSOAL DO CIDADÃO PELA POLÍCIA OSTENSIVA

GISELE MENEZES RIBEIRO DE OLIVEIRA

PROFESSOR ORIENTADOR: DOUGLAS FISCHER

RESUMO: O presente trabalho buscou, por meio de raciocínio dedutivo-dialético e de investigação hermenêutica, verificar os fundamentos de validade da busca pessoal realizada durante o policiamento preventivo/ostensivo que culmine na atribuição de crime ao cidadão abordado, levando-se em conta o exercício do poder de polícia e a caracterização da fundada suspeita, bem como o direito fundamental à segurança pública e o dever de prestação eficiente do Estado. Para tanto, analisou as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, contrapondo-as, com base na doutrina aplicável ao caso, de modo a aferir os requisitos e os limites para legitimar a abordagem e a busca pessoal realizada em via pública, evitando, assim, que se privilegie, excessivamente, os direitos de defesa, em prejuízo do dever de prestação eficiente do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Garantismo Penal Integral – Segurança Pública – Direitos Fundamentais – Busca Pessoal – Policiamento Ostensivo – Poder de Polícia – Fundada Suspeita – Proteção Eficiente.

ABSTRACT: This paper through deductive-dialectical reasoning and hermeneutic investigation, to verify the foundations of validity of the personal search carried out during the preventive/ostensive policing that culminates in the attribution of a crime to the citizen approached, taking into account the exercise of police power and the characterization of the well-founded suspicion, as well as the fundamental right to public security and the duty of efficient provision of the State. To this end, it analyzed the decisions rendered by the Superior Courts, contrasting them with each other and with the doctrine applicable to the case, in order to assess the requirements and limits to legitimize the approach and the personal search carried out on a public road, thus avoiding that the rights of defense are excessively privileged, to the detriment of the State's duty of efficient provision.

KEYWORDS: Comprehensive Criminal Guarantee – Public Security – Fundamental Rights – Personal Search – Overt Policing – Police Power – Founded Suspicion – Efficient Protection.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS:
CPP – Código Processual Penal CR – Constituição da República CTB – Código de Trânsito Brasileiro PM – Polícia Militar
STF – Supremo Tribunal Federal STJ – Superior Tribunal de Justiça

LISTA DE QUADROS:
Quadro 1 - Resistência pelo uso da força contínua e níveis de resposta

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO 133

2 - GARANTISMO PENAL: BREVES APONTAMENTOS 133

3 - PODER DE POLÍCIA 136

3.1 - PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.2 - CARACTERÍSTICAS E CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O PODER DE POLÍCIA

4 - BUSCA PESSOAL 139

4.1 - BUSCA E APREENSÃO

4.2 - BUSCA PESSOAL E FUNDADA SUSPEITA

4.3 - BUSCA PESSOAL SEGUNDO O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 141

5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS 144

REFERÊNCIAS 145

1 - INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 inaugurou uma nova ordem constitucional, que possui como um de seus fundamentos a "dignidade da pessoa humana" e como alguns de seus objetivos fundamentais a "construção de uma sociedade livre, justa e solidária" e a "promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

Ademais, reveste-se de um caráter garantista e traz, em todo o seu corpo, direitos e garantias, de ordem individual e coletiva, instituindo, também, deveres que subsidiam a atuação de particulares e do Estado visando ao alcance desses ideais.

Os princípios constitucionais, que estão distribuídos em todo o seu texto, a par de serem fundamento de validade da atuação do Estado, seja positiva, seja negativamente, não raro entram em conflito no caso concreto.

E, por se tratar de normas de mesmo *status* jurídico, a resolução do conflito deve passar por um processo hermenêutico devidamente orientado pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para a definição de qual deverá preponderar no caso concreto.

Neste artigo, analisam-se a abordagem policial e a validade da busca pessoal realizada durante o policiamento preventivo/ostensivo que culmine na atribuição de crime ao cidadão abordado, levando-se em conta o exercício do poder de polícia e a caracterização da fundada suspeita.

O objetivo geral é verificar os fundamentos de validade da busca pessoal realizada nos termos do art. 244 do Código de Processo Penal (CPP)[1], contrapondo- os àquela realizada durante a atividade preventiva dos agentes de segurança no exercício do poder de polícia, analisando-se seus pontos de convergência e divergência, bem como os requisitos e limites para legitimá-la em ambas as situações.

A partir de análise multidisciplinar que converge princípios e institutos próprios do Direito Constitucional, Administrativo e Processual Penal, com a adoção de vertente metodológica jurídico-dogmática, busca-se apresentar a interpretação mais adequada ao tema, por meio do raciocínio dedutivo-dialético e de investigação hermenêutica, com estudo de doutrina, legislação e jurisprudência. Isso com fulcro na visão integral do garantismo penal, adotado como marco teórico deste trabalho; a pesquisa segue com a identificação de possíveis distorções e caminhos para saná- las, passando pela análise dos limites inerentes ao controle judicial dos atos discricionários, seja sobre os juízos de conveniência e oportunidade de sua atuação, seja pela compreensão do que seria a fundada suspeita aferida no caso concreto.

2 - GARANTISMO PENAL: BREVES APONTAMENTOS

A ideia de garantismo, como modelo de direito que visa garantir direitos subjetivos, possui diversas facetas e se estrutura de forma específica em relação a cada uma delas.

Nesse sentido, tem-se o garantismo patrimonial, cunhado como um sistema de garantias à propriedade; o garantismo liberal, focado na defesa de direitos e liberdades pessoais, e o garantismo social, cunhado como um conjunto de garantias voltado à satisfação de direitos sociais e coletivos.

O garantismo penal aparece como uma dessas facetas e surge como "oposição às legislações fascistas que debilitaram o sistema de garantias contra o arbítrio do Estado" (FERRAJOLI, 2006, p. 10).

Desenvolvido por Luigi Ferrajoli, o garantismo penal teve como marco inicial a proteção dos direitos fundamentais individuais. Todavia, não se resume a isso. No Brasil, após um considerável período sob as garras do autoritarismo,

em que se deram inúmeras violações de garantias e de direitos humanos, a Constituição da República de 1988 inaugurou nova ordem constitucional, de caráter garantista, em que se consagraram, como cláusula pétrea, diversos direitos individuais visando afastar o arbítrio do Estado. Além disso, assegurou diversos direitos sociais e transindividuais, dotando-os de relevância e carga principiológica, cuja implementação exige do Estado, muitas vezes, uma atuação positiva.

1 Art. 244. A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

O garantismo, pois, pode ser compreendido em diferentes acepções: como modelo normativo de direito, de cunho político e jurídico; como fundamento teórico de validade e efetividade de normas jurídicas e, ainda, como filosofia política.

Essas três acepções reunidas revelam:

> [...] o caráter vinculado do poder público ao estado de direito; a separação entre validade e vigência; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e o ponto de vista interno (ou jurídico) e a correspondente divergência entre justiça e validade (FISCHER, 2017, p. 65).

Com efeito, a compreensão do garantismo como paradigma teórico geral sujeita o Estado e os particulares não apenas à observância dos direitos fundamentais individuais ou coletivos, como também aos deveres fundamentais previstos na Constituição, de modo a evitar a formação de poderes absolutos.

> En este sentido, el garantismo és sinônimo de estado constitucional de derecho, es decir, de um sistema que recoge el paradigma clássico de estado liberal, extendiendolo em dos direcciones: de um lado, a todos los poderes, no sólo al judicial también a los privados; de outro lado, a todos los derechos, no sólo a los de libertad sino también a los Sociales, com el consiguiente surgimento de obligaciones, además de prohibiciones, para la esfera pública. (FERRAJOLI, 2006, p.18).[2]

Nesse sentido, é preciso fazer uma interpretação sistêmica dos princípios e regras e dos valores constitucionais de modo a estabelecer, no âmbito penal (e processual penal), uma imunidade contra o arbítrio do Estado, mas que não se traduza em impunidade, como adverte Douglas Fischer.

É dizer, ao mesmo tempo em que compete ao Estado a observância de direitos e garantias fundamentais individuais do cidadão, ele deve garantir à coletividade a eficiência e a segurança, devendo agir para evitar condutas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, bem como proceder à devida apuração do ato ilícito e à punição do responsável (FISCHER, 2017).

Vale lembrar que a Constituição consagra outros direitos, coletivos e sociais, e até deveres fundamentados em princípios e valores que não podem ser deixados de lado, sob o risco de gerar uma "desproteção sistêmica", ao atribuir ao Estado a exigência de não fazer em detrimento da sua obrigação de agir para punir, adequadamente, os criminosos e resguardar a ordem jurídica violada (FISCHER, 2017, p. 62-63).

Nesse contexto, a possibilidade de relativização de direitos e garantias individuais em prol da eficiente proteção do Estado a outros direitos igualmente garantidos pela Constituição foi expressamente reconhecida pelo STF, no julgamento do RE n. 971.959/RS, de relatoria do Ministro Luiz Fux, quando declarou constitucional o crime descrito no art. 305 do CTB. Na oportunidade, foi firmada a seguinte tese:

> A regra que prevê o crime do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97) é constitucional, posto não infirmar o princípio da não incriminação, garantido o direito ao silêncio e ressalvadas as hipóteses de exclusão da tipicidade e da antijuridicidade (BRASIL, 2016).

No referido julgado, assentou-se que:

> [...] a persecução penal, pela sua natureza, admite a relativização de direitos nas hipóteses de justificável tensão (e aparente colisão) entre o dever do Poder Público de promover uma repressão eficaz às condutas puníveis e as esferas de liberdade e/ou intimidade daquele que se encontre na posição de suspeito ou acusado (BRASIL, 2016, grifo nosso).

Para a Corte, a ponderação dos valores em conflito deve atender ao princípio da proporcionalidade a ser aferido com base na (i) necessidade de restrição da liberdade do indivíduo frente à coletividade; (ii) idoneidade ou adequação do meio empregado; e (iii) valoração comparativa entre o objetivo estatal e o meio proposto, como proporcionalidade estrita.

Vale destacar, a respeito, os ensinamentos de Humberto Ávila, que, ao trabalhar a **proporcionalidade**, destaca que se trata de postulado que revela uma relação de causalidade entre meio e fim, na qual se observa a adequação, a necessidade e a proporcionalidade, em sentido estrito, dos meios utilizados para o alcance de determinado fim.

2 "Nesse sentido, a garantia é sinônimo de Estado de Direito constitucional, ou seja, de um sistema que inclui o paradigma clássico do Estado Liberal, estendendo-o em duas direções: de um lado, a todos os poderes, não só o Judiciário, mas também os privados; por outro lado, a todos os direitos, não só os de liberdade, mas também os direitos sociais, com o consequente surgimento de obrigações, bem como proibições, para a esfera pública." (Tradução de Marina Gascón).

Em suas palavras:

> [...] O postulado da proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um fim e um meio, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o de **adequação** (o meio promove o fim?), o da **necessidade** (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do[s] direito[s] fundamental[is] afetado[s]?) e o da **proporcionalidade em sentido estrito** (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?). (ÁVILA, 2009, p. 163-164, grifo nosso).

Além disso, ao falar sobre ponderação de princípios, o autor se refere à **razoabilidade**, a qual ele aborda sob três enfoques: (i) como equidade, (ii) como congruência e (iii) como equivalência e resume a sua aplicabilidade da seguinte forma:

> Relativamente à razoabilidade, dentre tantas acepções, três se destacam. Primeiro, **a razoabilidade** é **utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral**. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação entre duas grandezas. (ÁVILA, 2009, p. 154, grifo nosso).

Assim, quando, no julgado em tela, o STF assenta que o legislador pode conferir preponderância a outros princípios igualmente importantes para a sociedade, como a "higidez da Administração da Justiça" e a "efetividade da persecução penal", deixando sua efetivação à análise do contexto em que a conduta se insere, o faz com fulcro na razoabilidade como instrumento de equidade, de modo a justificar o afastamento da valoração absoluta de uma garantia individual, como da não autoincriminação.

É o que também ocorre com a segurança pública, que se traduz em direito transindividual constitucionalmente garantido, concebido como um dos deveres primordiais do Estado, a ser viabilizado, sob o aspecto da polícia preventiva/ostensiva, através do poder de polícia, o qual Fischer considera direito fundamental de todo cidadão.

O autor assinala ser inviável a fruição da liberdade em sua maior expressão, se não houver a "correspondente – e eficaz – segurança, tanto a jurídica como a pública" (FISCHER, 2019, p. 145).

Destaca, ainda, que:

> Sendo imperativo constitucional (art. 144, caput, CF/88; e art. 124, CE/RS), cumpre ora referir que o dever de garantir segurança não está em apenas evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros (segurança pública *lato sensu*), mas também na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, da punição (efetiva e eficaz) do responsável (segurança efetiva dos bens jurídicos tutelados constitucionalmente). (FISCHER, 2019, p. 149- 150).

Explica que se trata de garantismo positivo o dever de proteção imposto ao Estado para, quando for necessário e adequado, restringir direitos fundamentais individuais dos cidadãos com o objetivo de garantir, ao máximo, a segurança e a valorização dos direitos fundamentais individuais sob uma ótica coletiva.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 106.163, de 6 de março de 2012, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, deixou claro que "os direitos fundamentais expressam, não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos em proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote)" (BRASIL, 2012), de modo a expressar, também, um postulado de proteção.

Não obstante, recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça baseadas em uma visão restrita do garantismo penal (pelo prisma exclusivo dos investigados/processados) vêm impondo limitações excessivas ao exercício da atividade policial (e, por isso, desproporcional), causando o seu esvaziamento e, consequentemente, a violação ao direito à segurança pública, na medida em que acarretam uma prestação jurisdicional deficiente que frustra as expectativas sociais de justiça.

Em razão disso, urge reforçar esse olhar mais amplo do garantismo penal como substrato teórico a fundamentar a atuação policial, de modo a conciliar os direitos do réu com a atividade típica de Estado, que visa resguardar o direito constitucionalmente garantido à segurança pública.

Assim, permite-se que, no caso concreto, liberdades sejam afastadas, quando presentes as circunstâncias legais, de modo a privilegiar outros direitos igualmente garantidos pela Constituição.

3 - PODER DE POLÍCIA

Tradicionalmente, diz-se que a função administrativa do Estado se submete a um regime jurídico próprio, regido por dois princípios chaves: a **supremacia do interesse público sobre o interesse particular** e a **indisponibilidade do interesse público**, dos quais decorreriam os demais princípios expostos na Constituição da República, como os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e aqueles extraídos da legislação infraconstitucional pertinente.

3.1 - PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A concepção tradicional dos princípios supracitados, no entanto, vem sendo objeto de releituras e, atualmente, na doutrina, existem vozes que questionam a compatibilidade do princípio da supremacia do interesse público com a nova ordem constitucional, bem como sobre o alcance da dicotomia com o interesse particular.

Humberto Ávila, por exemplo, propõe uma releitura do princípio da supremacia do interesse público, para afirmar que não se trata, rigorosamente, de um princípio jurídico ou norma-princípio, abstrato, mas de "'regras condicionais concretas de prevalência' (variáveis segundo o contexto)" (ÁVILA, 2007, p. 28-29).

O autor, por isso, remete à necessidade de **ponderação** do interesse público, dos interesses privados em jogo e à medida de sua restrição para que se permita a "máxima realização dos direitos envolvidos", como "critério decisivo para a atuação administrativa."

> Dessa discussão orientada pela teoria geral do Direito e pela Constituição decorrem duas importantes consequências. Primeira: não há uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no Direito brasileiro. A administração não pode exigir um comportamento do particular (ou direcionar a interpretação das regras existentes) com base nesse "princípio". Aí incluem-se quaisquer atividades administrativas, sobretudo aquelas que impõem restrições ou obrigações aos particulares. Segundo: a única ideia apta para explicar a relação entre interesses públicos e particulares, ou entre o Estado e o cidadão, é o sugerido postulado da unidade da reciprocidade de interesses, o qual implica uma principal ponderação entre interesses reciprocamente relacionados (interligados) fundamentada na sistematização das normas constitucionais. [...] (ÁVILA, 2007, p. 29).

Marçal Justen Filho, por sua vez, questiona a fluidez do conceito de interesse público, sobretudo quando é utilizado para justificar "arbitrariedades ofensivas à democracia e aos direitos fundamentais" (JUSTEN FILHO, 2005, p. 36).

Nesse contexto, o autor ressalta que não se pode confundir interesse público com interesse do Estado ou do agente público, tampouco delineá-lo como interesse da maioria, em desconsideração aos interesses das minorias. E conclui que, como são muitos os interesses públicos, os quais não podem ser definidos com precisão, não poderiam servir de pilar para o Direito Administrativo, de modo que a atuação do Estado deveria ser orientada não pelo princípio da supremacia do interesse público, mas pela **máxima concretização dos direitos fundamentais**, sejam eles de ordem individual ou transindividual.

Sobre a questão, é de grande pertinência o conceito elaborado pela Professora Alice Gonzalez Borges:

> O interesse público que serve de base ao direito administrativo é o interesse primário, que corresponde à **realização dos superiores interesses de toda a coletividade e dos valores fundamentais consagrados na Constituição.**
>
> [...]
>
> A noção de interesse público não se contrapõe aos interesses individuais dos integrantes da sociedade. Bem ao contrário, somente se tem um verdadeiro interesse público, no exato sentido jurídico do termo, quando representa um verdadeiro somatório dos interesses dos indivíduos que nele encontram a projeção de suas próprias aspirações. O verdadeiro

> interesse público é indissociável dos interesses que o compõem. (BORGES, 2011, p. 21-22, grifo nosso).

Gustavo Binenbojm, ao discorrer sobre o tema, defende a convolação do princípio da legalidade em juridicidade administrativa, em que o fundamento de atuação da Administração Pública deixa de ser a lei para migrar para o sistema de princípios insculpidos no diploma constitucional; destaca, ainda, a importância da interpretação conforme a Constituição para legitimar a atuação do Estado. Assim, esta, em sua supremacia, propicia uma releitura dos institutos e estruturas administrativas (BINENBOJM, 2008, p. 68-69).

Binenbojm destaca que os direitos fundamentais, sob a dimensão subjetiva, possuem concepção clássica, como direito de defesa para proteção do particular contra ingerências do poder público; mas, também, se apresentam como direitos a prestações positivas do Estado, seja no âmbito normativo, seja na adoção de medidas concretas para materializá-los.

Além disso, modernamente, se apresentariam como direitos à organização e ao procedimento, cuja realização depende tanto de providências estatais, no que se refere à estrutura organizacional do Estado, como de natureza normativa, como são as garantias processuais insculpidas na Constituição.

Sob a dimensão objetiva, assinala o autor, os direitos fundamentais passam a ser vistos como princípios concretizadores de valores em si, que devem se protegidos e incentivados, cuja principal decorrência é o surgimento dos chamados deveres de proteção do Estado, que visam condutas positivas deste tanto para não permitir que terceiros os violem quanto para promover o direito fundamental de forma a dar-lhe alcance máximo (BINENBOJM, 2008, p. 74/75).

Do disposto, extrai-se que o princípio da supremacia do interesse público não justifica, por si só, a atuação prevalente do poder público, mas deve ser compreendido, conforme os princípios insculpidos na Constituição, sobretudo no que se refere à dignidade da pessoa humana, cuja observância passa pela proteção e concretização dos direitos fundamentais, os quais possuem dimensões individual e coletiva, subjetiva e objetiva, não apenas para limitar a atuação estatal, mas para impor-lhe **deveres de agir**, visando à promoção ao máximo desses direitos.

O interesse público, nesse contexto, deve ser visto como um reflexo dos interesses e aspirações dos indivíduos, considerando-se a máxima efetividade e alcance dos direitos fundamentais a eles subjacentes.

Igualmente, tendo a Constituição listado os princípios fundamentais da Administração Pública, estes devem nortear a sua atuação, dando-lhe meios e impondo limitação em benefício dos direitos dos cidadãos. Daí decorrem as prerrogativas e as sujeições da Administração Pública.

Neste trabalho, sem perder de vista as premissas abordadas, interessa-nos a análise das prerrogativas reveladas por meio dos poderes da Administração, os quais são imprescindíveis para a persecução do interesse público.

Conceituam-se, nas palavras de Fernanda Marinela, como um "conjunto de prerrogativas ou competências de direito público, conferidas à Administração, com o objetivo de permitir a aplicação da supremacia do interesse público e a realização do bem comum" (MARINELA, 2013, p. 215).

Vale destacar, nesse aspecto, que o exercício do poder pelo administrador não é mera faculdade, mas um dever quando caracterizado o interesse público, que é **indisponível**, sobretudo quando objetiva a concretização de direitos fundamentais através de atuação positiva do Estado.

No que se refere ao grau de liberdade de atuação do administrador, os poderes podem ser vinculados, em que não há espaço para a emissão de juízo de valor nem análise de conveniência e oportunidade, e discricionários, quando o agente tem a liberdade de atuar com base em juízo de conveniência e oportunidade, observando-se a ponderação proporcional e razoável entre os diferentes bens e interesses jurídicos.

São, pois, quatro os poderes da Administração, a saber: o poder regulamentar, o poder hierárquico, o poder disciplinar e o poder de polícia.

Firmadas essas premissas, cumpre analisar mais detidamente o poder de polícia, suas características e aplicabilidade prática, de modo a subsidiar a análise jurisprudencial que se pretende realizar neste trabalho.

3.2 - CARACTERÍSTICAS E CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O PODER DE POLÍCIA

O poder de polícia está diretamente relacionado com os direitos inerentes à liberdade e à propriedade, na medida em que confere ao administrador prerrogativas para condicionar, restringir e obstá-los em prol da coletividade.

Sua definição legal se encontra no art. 78 do Código Tributário Nacional[3], mas, no âmbito administrativo, encontra fundamentos para o seu exercício no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, refletindo um caráter negativo, em que o poder público limita a atuação do particular visando evitar um dano à coletividade. Pode ser **preventivo**, **repressivo** ou **fiscalizador** e possui como atributos a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade, conforme corrente defendida por nomes como Maria Sylvia Zanella di Pietro e Hely Lopes Meireles.

A **discricionariedade**, por óbvio, não se trata de uma liberdade ampla e irrestrita do administrador. Como assevera Florivaldo Dutra de Araújo, ela não surge de um "vazio legal", mas é uma "liberdade conferida pela lei" (ARAÚJO, 2006, p. 85).

Ou seja, se encontra abarcada pelo ordenamento jurídico, sendo limitada pelas normas condicionantes da liberdade e da propriedade, bem como pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Também não se trata de atributo absoluto do poder de polícia, já que, em alguns casos, essa atuação pode ser vinculada.

Já o atributo da **autoexecutoriedade** confere à Administração a possibilidade de promover a execução dos atos de polícia diretamente, **sem** necessidade de prévia manifestação do Poder Judiciário.

Por fim, a **coercibilidade** aparece como terceiro atributo que "torna o ato obrigatório independentemente da vontade do administrado" (MARINELA, 2013, p. 236). Em que pese tal fato, os atos de polícia também estão sujeitos a controle tanto pela própria Administração, quanto pelo Poder Judiciário.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar do controle judicial dos atos administrativos discricionários, defende que o Judiciário pode averiguar se o ato praticado observou os limites delineados em um "quadro de legitimidade", que reflete a "relação lógica entre o atendimento de um interesse e a idoneidade das medidas tomadas para atendê-lo" (MELLO, 1983, p. 11-12).

Em regra, **não pode** o magistrado **substituir o juízo de mérito** do administrador sobre a conveniência e a oportunidade do ato, exceto quando se mostrar manifestamente descabido ou importar na inércia e omissão do Estado na proteção de direitos consagrados na Constituição[4]. Ademais, leciona o autor, compete a quem alega o ônus de provar que o ato, no caso concreto, não atingiu o interesse pretendido pela norma jurídica.

Florivaldo Dutra de Araújo diferencia motivo de motivação do ato administrativo para, então, avaliar como se dá o seu controle pelo Poder Judiciário, especialmente no que se refere ao ato discricionário[5].

Segundo ele, todo ato, inclusive o discricionário, pode ser levado à apreciação do Judiciário, que poderá examinar "todo o ato, em seus requisitos, em seu conteúdo e em sua forma" (ARAÚJO, 2006, p. 133).

Não obstante, o autor alerta que é vedado ao juiz apreciar qualquer aspecto em que se reflete a discricionariedade, já que a opção do administrador está previamente amparada na lei que o autorizou. Nesse sentido, se, por acaso, o juiz constatar que a opção adotada fugia àquelas resguardadas pela lei, ele deve anular o ato. Mas, de modo algum, poderá substituir a Administração na escolha do ato que o suprirá.

---

3 Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 1966)
Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

4 Vide Suspensão da Liminar n. 235/TO, relatoria Min. Gilmar Mendes. DJe-143 DIVULG 01/08/2008 PUBLI 04/08/2008.

5 O autor adota o termo motivação de forma apartada do termo motivo, usando-o para designar a manifestação dos pressupostos fáticos que embasam a produção do ato como também para explicitar todos os elementos inerentes à legalidade e à finalidade do ato, capazes de justificá-lo (ARAÚJO, 2006, p. 90).

No que se refere à análise de conceitos indeterminados, o autor defende que compete ao administrador, através da **motivação do ato**, demonstrar as circunstâncias fáticas que justificaram a atuação do agente público competente, de modo a sustentar a sua razoabilidade e a sua validade perante a ordem jurídica.

Feitas tais considerações, se analisará, com base nelas, (i) a atuação da polícia preventiva; (ii) o alcance do termo "fundada suspeita" e a aplicabilidade do tirocínio policial como motivação de buscas pessoais; e (iii) os limites do controle judicial nesses casos.

4 - BUSCA PESSOAL

O termo prova deriva do latim *probo* e reflete a ideia de verificação, exame ou conformação. No processo, prova pode ser entendida como atividade probatória, como resultado e como meio. Interessa, neste momento, a primeira concepção, que traduz o conjunto de atividades que se propõem a demonstrar a verdade dos fatos relevantes para o julgamento.

Nesse sentido, deriva diretamente do direito de ação e se reveste de garantia às partes de poder utilizar todos os meios lícitos para comprovar suas alegações e influenciar no convencimento do juiz. Trata-se de um direito que, contudo, não possui caráter absoluto e deve observância aos direitos fundamentais e princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito.

No processo penal, diferencia-se provas de elementos informativos; as provas são as produzidas mediante contraditório, com participação de todas as partes; já os elementos de informação (informativos) não necessariamente são produzidos mediante observância do contraditório. Porém seu valor probante é reconhecido de forma subsidiária e complementar à prova produzida em contraditório, embora não possam servir de fundamento exclusivo de uma decisão.

Algumas provas, no entanto, em razão de sua natureza, por serem não repetíveis ou diante da necessidade do elemento surpresa, têm o contraditório diferido ou postergado, resguardando, contudo, sua validade quando produzidas seguindo os preceitos legais.

4.1 - BUSCA E APREENSÃO

A busca e apreensão, apesar de inserida no capítulo de provas do Código de Processo Penal – CPP, trata-se, na verdade, de meio de obtenção da prova, ou seja, de uma atividade cujo objetivo é conseguir provas.

São duas situações distintas e que não se confundem.

A **busca** é a diligência que visa encontrar pessoas e objetos, enquanto a **apreensão** consiste na medida de constrição que coloca determinada coisa ou pessoa sob custódia do Estado.

Prevista no art. 242 do CPP, a busca pode ser de ofício ou a pedido das partes, pessoal ou domiciliar e pode ser determinada pela autoridade policial ou judiciária.

A busca domiciliar, por se tratar de medida a ser realizada dentro da "casa", asilo inviolável, nos termos do art. 5º, inciso XI, da CR/88, deve ser autorizada previamente pela autoridade judiciária competente, salvo nos casos de flagrante delito, cuja exceção está prevista constitucionalmente.

A inobservância das condições legalmente previstas para o exercício da busca domiciliar torna ilícita a prova apreendida, por ser fruto do arbítrio estatal e pelo desrespeito a direitos e garantias fundamentais.

A seu turno, a busca pessoal se procede quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma ou qualquer objeto ilícito, proveniente de crime ou utilizado na prática de ilícitos.

Por óbvio, quando a busca pessoal se dá no contexto de busca domiciliar, devem ser aplicadas as mesmas premissas para sua validade. Não obstante, é possível que a busca pessoal ocorra em via pública pela polícia preventiva – cuja atuação deve estar justificada na suspeita de prática de ilícito – que, imbuída do poder de polícia e do dever de garantir a segurança pública, realiza a abordagem e a busca de transeuntes.

4.2 - BUSCA PESSOAL E FUNDADA SUSPEITA

A busca pessoal, cujo fundamento legal está no art. 244-B, independe de mandado ou prévia autorização judicial.

Leciona Renato Brasileiro de Lima:

> A busca pessoal de natureza processual penal será determinada quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos, armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso, objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu, apreender cartas abertas destinadas ao acusado ou em seu poder quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato, assim como qualquer outro elemento de convicção. (LIMA, 2011, p. 1.044).

Na oportunidade, o autor destaca posicionamento do STF ao interpretar em que consistiria a fundada suspeita: o agente não pode se valer de parâmetros apenas subjetivos, ele deve se valer da presença de elementos concretos que justifiquem a revista, sob o risco de cometer excessos característicos do abuso de poder.

Nestor Távora, por sua vez, ao tratar sobre o assunto, assinala que a fundada suspeita deve residir em **elemento sólido e plausível**, que justifica a medida (TÁVORA, 2010, p. 443).

Fato é que a ausência de uma definição legal acerca do que consiste a fundada suspeita deixa ampla margem de interpretação, campo em que recai a discricionariedade do agente público responsável pela abordagem.

Com efeito, a abordagem policial tem **papel fundamental** na atividade da polícia preventiva, no cumprimento de sua missão constitucional. Nesse contexto, embora, em tese, todos os cidadãos possam ser alvo de uma abordagem policial, esta escolha leva em consideração critérios prévios de suspeição, os quais podem ser de ordem subjetiva ou objetiva, recaindo sobre a aparência física, atitude, local, horário e circunstâncias precedentes indiciárias, nos termos do art. 239 do CPP.

> Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias. (BRASIL, 1941).

Durante este tipo de abordagem, as tensões sociais e pessoais entre o agente público e o cidadão alvo são inevitáveis. Por conseguinte, enseja o uso da força, que varia de comandos verbais a resposta letal, o que deve ser graduado de forma proporcional à resistência do abordado.

Para socorrer os agentes militares, os manuais de atuação e os treinamentos a que se sujeitam trazem balizas para a definição de comportamentos suspeitos, tipos de ameaças e respostas possíveis para cada uma delas.

Tânia Maria Pinc Luciano trouxe, em sua dissertação de Mestrado, um quadro balizador do uso da força, o qual se reproduz a seguir.

Quadro 1 – Resistência pelo uso da força contínua e níveis de resposta

Nível de resistência do suspeito	Nível de controle da força usada pelo policial
1 Presença do suspeito	1 Posição de abordagem
2 Resistência verbal	2 Comando verbal
3 Resistência passiva	3 Técnicas de condução de preso
4 Resistência defensiva	4 Agentes químicos
5 Resistência física ativa	5 Táticas física l outras armas
6 Uso de arma de fogo e força letal	6 Uso de arma de fogo e força letal

Fonte: Luciano, 2007, p. 14.

Além disso, a autora destacou o entendimento da Polícia Militar do Estado de São Paulo sobre a definição de **atitude suspeita**:

> **Atitude(s) suspeita(s):** todo comportamento anormal ou incompatível com o horário e o ambiente considerados, praticado por pessoa(s), com a finalidade de encobrir ação ou intenção de prática delituosa. Alguns exemplos:
>
> a) Pessoa que desvia o olhar ou o seu itinerário, bruscamente quando reconhece ou avista um policial;
>
> b) condutor ou ocupantes de um veículo que olha(m) firmemente para frente na condição de rigidez, evitando olhar para os lados, para o policial ou para a viatura, que naturalmente chamam a atenção do público em geral;
>
> c) pessoa(s) que, ao ver(em) ou reconhecer(em) um policial ou uma viatura, iniciam um processo de fuga, como correr, desviar caminho abruptamente etc.;
>
> d) pessoa(s) parada(s) defronte a estabelecimentos comerciais, bancários, escolas, filas etc., por tempo demasiado e sem motivo aparente;
>
> e) pessoa que mantém seu veículo parado e em funcionamento defronte a estabelecimentos bancários, demonstrando agitação, nervosismo, ansiedade etc.;

> f)) veículo excessivamente lotado, cujos ocupantes demonstram temeridade em seu comportamento;
>
> g) táxi ocupado por passageiro, contudo, apresentando luminoso aceso;
>
> h) uso de vestes incompatíveis com o clima, possibilitando ocultar porte ilegal de armas ou objetos ilegais. (LUCIANO, 2007, p. 33-34).

É fato que a atuação arbitrária do agente policial viola os direitos humanos, razão por que a atuação policial deve estar adstrita aos princípios da legalidade, da necessidade, da proporcionalidade e da conveniência.

Entrementes, não se pode ignorar o fato de que a compreensão das circunstâncias que autorizam a abordagem policial e a busca pessoal é **resultado da leitura de momento balizada com a experiência e o treinamento havido pelo agente**, o qual, no exercício do poder de polícia, pode entender presente a fundada suspeita. Nesse ínterim, deve-se ter em vista que o agente público é detentor de fé pública, cuja declaração goza da presunção de veracidade.

Assim, para a desconstituição do ato oriundo da abordagem e da busca pessoal, é necessária prova suficiente para afastar tal presunção, a qual deverá recair sobre os elementos antecedentes e a forma como se procedeu, de modo a aferir se foram observadas a legitimidade do agente e os princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade na forma de execução do ato.

Igualmente, por se tratar de mérito administrativo, deve haver limites à análise do Poder Judiciário quanto à fundada suspeita, por se tratar de juízo emitido pelo agente público por ocasião da abordagem, que não deve ser simplesmente substituído pelo juiz, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes.

4.3 - BUSCA PESSOAL SEGUNDO O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Poucos não foram os casos em que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) anulou as provas obtidas em buscas pessoais oriundas de abordagens, vindo a estabelecer uma série de restrições para validá-las.

No **aspecto subjetivo**, no julgamento do HC n. 830.530/SP, de 27 de setembro de 2023, a Terceira Seção do STJ firmou o entendimento quanto à ilegitimidade da abordagem procedida por agentes da Guarda Municipal, exceto quando patente o flagrante delito, por força do disposto no art. 301 do CPP[6] ou quando o fato estiver diretamente ligado com a proteção do patrimônio público municipal.

O argumento utilizado é que, apesar de compor as forças de segurança, a Guarda Municipal não possui atribuições constitucionais de policiamento ostensivo, como é o caso da Polícia Militar, nem de investigação judiciária, como se dá com a Polícia Civil.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, alargou as possibilidades de abordagem pela Guarda Municipal para alcançar não apenas as situações de flagrância explícita, mas também aquelas em que os elementos probatórios mínimos indiquem a ocorrência de situação flagrante, retirando, pois, da justa causa, a exigência de certeza da ocorrência de delito, de modo a ser suficientes as fundadas razões a respeito[7].

Entretanto, no que se refere ao aspecto **objetivo**, a referida Corte vinha numa sequência de julgamentos em que aplicava uma interpretação extremamente restritiva em relação àquilo que poderia caracterizar a fundada suspeita, o que culminou na invalidação de várias abordagens policiais, algumas das quais resultaram em grandes apreensões. Tais entendimentos geraram, por assim dizer, um esvaziamento da atividade policial.

Exemplo disso é o entendimento explanado no julgamento do RHC n. 158.580/BA, de relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, de 19 de abril de 2022, no bojo do qual foram adotados os critérios abaixo elencados para a caracterização da fundada suspeita.

O primeiro ponto de destaque do referido julgado recai sobre a necessidade de que a fundada suspeita ou justa causa para a abordagem decorra

6 Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

7 RE 1.469.862/SP, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes, julgado em 18 de dezembro de 2023. RE 1472727 / SP, de relatoria do Min. Luiz Fux, julgado em 17 de abril de 2024.

de circunstâncias e indícios que possam ser objetivamente aferidas no caso concreto.

Além disso, exige uma vinculação à presença de armas, objetos ou papéis que constituam corpo de delito, afastando, pois, abordagens genéricas com finalidade ostensiva.

Na oportunidade, afastou a validade de operações originadas de denúncias anônimas ou decorrentes de "intuições e/ou impressões subjetivas", conhecidas como tirocínio policial, em relação à classificação de determinada atitude ou aparência ou, ainda, de certa reação, como empreender fuga, ou expressão corporal tida como nervosa.

Nesses casos, mesmo que localizado material ilícito na posse do cidadão abordado, entendeu o STJ tratar-se de prova ilícita.

Como fundamentos para a fixação dos referidos *standards*, a Corte Superior lista a necessidade de se evitar o uso excessivo das abordagens policiais, que culminariam com a violação dos direitos fundamentais à intimidade, privacidade e liberdade, além de garantir a sindicabilidade da abordagem *a posteriori* e, por fim, evitar a repetição de práticas que reproduzem a discriminação estrutural intrínseca na sociedade.

Não se nega que o racismo é latente na sociedade brasileira e que a atuação policial atinge grande parte dessa população. Mas, salvo melhor juízo, esse alcance tem muito mais relação com a **situação de maior vulnerabilidade social** decorrente da ausência do Estado a que estão submetidos do que, necessariamente, relacionado com a cor da pele. Isso porque, por se encontrarem marginalizadas e aquém das políticas públicas do Estado, as camadas mais pobres acabam sendo mais suscetíveis ao aliciamento pelo crime. Na prática, tal situação atinge negros, brancos e outras etnias que se encontrem sob as mesmas condições de vulnerabilidade social.

A mudança de cenário, pois, implica muito mais em adoção de políticas públicas eficazes, especialmente voltadas ao resgate da cidadania e da dignidade dos indivíduos que compõem esse grupo social, especialmente no que se refere à implementação de direitos básicos, como educação, saúde, saneamento básico, oportunidades de trabalho, entre outros, do que no engessamento da atuação policial.

Afinal, é na ausência do Estado que se expande o poder paralelo, e é nesse contexto que se formam grupos/facções rivais que, não raro, se embrenham em disputas por territórios, incrementando a violência e exigindo uma presença mais incisiva da polícia em determinados locais.

É bem verdade que a atuação policial constante em determinada localidade faz com que os policiais conheçam os criminosos que ali atuam, bem como os diferencie dos demais moradores da região. Nesse contexto, quando afasta a legitimidade de abordagens cujo início se deu a partir de intuições ou impressões dos policiais, de ordem subjetiva ou não, o STJ desconsidera todo o treinamento e a experiência policial pretérita, embora, não se negue, reclame melhorias.

Por outro lado, também é verdade que alguns agentes podem distorcer o seu papel, tornando-se fiscais do autor e não do fato, o que justifica o entendimento do STJ.

Então, como garantir que não haja excesso nas abordagens, que seja possível a sindicabilidade *a posteriori* e que se evite a repetição de práticas racistas sem anular os mecanismos inerentes à atuação policial?

Um dos primeiros passos já foi dado pelo próprio STJ quando limitou a atuação da Guarda Municipal, a quem não foi dada competência para atuar no policiamento ostensivo de **maneira geral**, de modo que é assertiva a restrição das hipóteses do art. 301 do CPP[8].

Quanto à **garantia da sindicabilidade** *a posteriori* e visando evitar abordagens baseadas apenas na cor da pele ou classe social, é necessária a intensificação dos treinamentos das polícias, com a orientação dos agentes a analisar, no caso concreto, se os elementos fáticos, aliados ao seu "tirocínio policial", são razoáveis e proporcionais a subsidiar a violação à liberdade e à intimidade do abordado. Deve o agente policial descrever cuidadosamente no registro da ocorrência, de maneira clara e objetiva, as circunstâncias e as atitudes que geraram a suspeita do indivíduo.

8 Art. 301 Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

O importante é que a experiência do policial, que está diariamente nas ruas, é diferente da percepção do magistrado que se depara tão somente com o fato descrito em um papel.

Além disso, no calor do momento, uma troca de olhares pode ser suficiente para aguçar a suspeição de um indivíduo, sobretudo quando já há informação pretérita da prática de crime. Destarte, não se pode, simplesmente, anular as provas decorrentes de eventual busca pessoal, sobretudo quando observados os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Afinal, não compete ao Judiciário se imiscuir no exercício da atuação policial, substituindo o juízo de valor do policial pelo do juiz; pode o Poder Judiciário anular o ato tão somente se demonstrado, de forma cabal, que a atuação se deu contrariamente ao ordenamento jurídico, o que deve ser analisado caso a caso.

Nesse contexto, andou bem o Supremo Tribunal Federal ao reconhecer que determinados comportamentos, como nervosismo, mudança brusca de direção, fuga e o evitamento de contato visual podem, em determinado contexto, ensejar sim a suspeição hábil a justificar a abordagem policial.

O Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do RHC 229.514/PE, datado de 28/08/2023, destacou que "se um agente do Estado não puder realizar abordagem em via pública a partir de comportamentos suspeitos do alvo, tais como fuga, gesticulações e demais reações típicas já conhecidas pela ciência aplicada à atividade policial haverá um sério comprometimento do exercício da segurança pública" (BRASIL, 2023).

Nesse diapasão, sobrevieram decisões do STF reformando julgados do STJ para reconhecer a legitimidade das abordagens e buscas realizadas pela polícia ostensiva, validando as provas delas decorrentes, como a decisão recém-proferida nos autos do Agravo Regimental no RHC nº 235.568, sessão virtual de 16.02.2024 a 23.02.2024, também de relatoria do Min. Gilmar Mendes, *in verbis*:

> Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. 2. O policiamento preventivo e ostensivo, próprio das Polícias Militares, a fim de salvaguardar a segurança pública, é dever constitucional. 3. **Tentar fugir, ao avistar viatura, e reagir, objetivamente, de modo próprio e conhecido pela ciência aplicada à atividade policial, objetivamente, justifica a busca pessoal em via pública**. 4. Agravo improvido. (BRASIL, 2024, grifo nosso).

Na ocasião, o eminente Ministro deixou claro que a Constituição, ao lado de direitos e garantias fundamentais individuais, impôs ao Estado o dever de assegurar a segurança pública e punir, a contento, os criminosos. Confira:

> Com efeito, a Constituição que assegura o direito à intimidade, à ampla defesa, contraditório e inviolabilidade do domicílio é a mesma que determina punição a criminosos e o dever do Estado de zelar pela segurança pública. É dizer: o policiamento preventivo e ostensivo, próprio das Polícias Militares, a fim de salvaguardar a segurança pública, é um dever constitucional. Os suspeitos têm direito a um sistema penal democrático e a um processo penal justo, ao tempo em que a sociedade tem direito a viver com tranquilidade nas vias públicas. [...] (ibidem, 2024).

Igualmente, atento à necessidade de se valorizar a experiência policial, alertou que:

> [...] se um agente do Estado não puder realizar abordagem em via pública a partir de comportamentos (objetivos) suspeitos do alvo, tais como fuga, gesticulações e demais reações típicas, já conhecidas pela ciência aplicada à atividade policial, haverá sério comprometimento do exercício da segurança pública (ibidem, 2024).

Esse movimento da Suprema Corte brasileira vem forçando o STJ a rever seu posicionamento e já é possível vislumbrar decisões como aquela proferida nos autos do AgRg no HC 873.039/SP, em 15.12.2023, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, em que se reconhece a validade das provas angariadas após busca pessoal do suspeito, cuja abordagem se deu ante a mudança brusca de seu comportamento, ao abaixar a cabeça e evitar o contato visual com os policiais, com o objetivo de evitar a interceptação.

No que se refere às **operações originadas de informações anônimas**, também se mostra equivocado o entendimento do STJ que simplesmente afasta a sua legitimidade.

A prática demonstra que os policiais passam a contar, na área em que atuam, com colaboradores "anônimos"[9], que repassam tais informações. Assim, uma vez que se trata de dever legal do policial averiguar a notícia de crime que chega

9 Populares que pedem para não ser identificados por receio de represálias.

até ele, é um contrassenso simplesmente anular as provas dela decorrentes, pura e simplesmente, porque são de origem anônima.

Em vez de anulá-las, melhor seria exigir a realização de diligências prévias que forneçam outros elementos indiciários os quais reforcem a informação outrora trazida, viabilizando, assim, o exercício do dever constitucional da polícia preventiva. Vale lembrar que não se está tratando de busca domiciliar, cujas exigências constitucionais são mais rígidas, em virtude da garantia de inviolabilidade do domicílio, conforme decidido pelo STF no julgamento do Tema n. 280, mas da busca pessoal realizada em **via pública**, local em que, por sua própria natureza, o interesse público deve preponderar à satisfação particular.

Como se vê, a criação de óbices rígidos à atuação policial não tem o condão de resolver as distorções do sistema. Pelo contrário, a prevalência do excesso do direito de defesa gera a insuficiência da proteção estatal, que deve partir inclusive (senão, primordialmente) do Poder Judiciário.

> [...] O dever de garantir a segurança não está em apenas evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros (como se isso fosse possível!), mas também (segundo pensamos) **na devida apuração** (com respeito aos direitos dos investigados) do ato ilícito, e, em sendo o caso, da punição do responsável consoante abordado (e fundamentado) à luz das denominadas obrigações processuais positivas. (FISCHER, 2019, p. 155, grifo nosso).

Todos esses pontos, frise-se, devem ser averiguados no caso concreto, haja vista a fluidez inerente à matéria, de modo a ser aplicada, de forma proporcional e razoável, a solução jurídica mais adequada.

5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da nova ordem constitucional inaugurada pela Constituição da República de 1988, cujo caráter garantista é expressado por meio de direitos e garantias de ordem individual e coletiva, bem como através de deveres impostos a particulares e ao Estado visando o alcance desses ideais, tem-se na proporcionalidade e na razoabilidade, esta vista como instrumento de equidade, mecanismos importantes que determinam que as circunstâncias do caso concreto é que devem ser consideradas para análise da presunção de que se está dentro da normalidade.

Assim, em caso de conflito entre direitos e garantias fundamentais do indivíduo com aqueles inerentes à sociedade e à preservação do interesse público, é preciso atentar-se às circunstâncias do caso concreto, cuidando para que, ao se privilegiar os primeiros, não se acarrete, com o decorrer do tempo, em violação dos demais, tornando **deficiente** a proteção constitucional que lhes são garantidas, e vice- versa.

É fato que, após um considerável período sob as garras do autoritarismo, em que se viram inúmeras violações de garantias e de direitos humanos, a Constituição da República de 1988 consagrou como cláusula pétrea diversos direitos individuais visando afastar o arbítrio do Estado.

No processo penal, tais garantias são rigorosamente aplicadas em favor do réu, que passa a ter um leque de instrumentos para resguardar seus direitos.

Não se pode olvidar, contudo, que a segurança pública é direito transindividual igualmente garantido pela Constituição, traduzindo-se, ainda, como um dos deveres primordiais do Estado e direito fundamental do cidadão, cuja concretização passa pela atuação ostensiva da polícia preventiva.

Afinal, de que adianta ao Estado atuar somente quando a ordem pública é violada?

Eventual sucesso na repressão das condutas criminosas não afasta o fato

de que a perturbação da paz social já se implementou e a sensação de insegurança do grupo social atingido se torna fortemente presente, especialmente quando a resposta do Estado não é realizada a contento. Isso porque o sistema penal brasileiro é permeado de falhas que tornam a resposta do Estado muitas vezes insuficiente ao restabelecimento da ordem social outrora violada, seja pela demora em que é prestada, seja pela sua incompletude e ineficácia.

Daí a relevância da polícia preventiva, que, mediante o policiamento ostensivo, previsto no art. 144, §5°, da CR, visa garantir a ordem pública, bem como evitar a ocorrência de práticas delitivas, sendo a abordagem policial uma de suas ferramentas mais difundidas. Esta, por sua

vez, tem seu exercício legitimado pelo poder de polícia, cujos atributos são a autoexecutoriedade, a coercibilidade e a discricionariedade.

É o que ocorre, por exemplo, quando uma diligência visa uma coletividade indiscriminada, como a blitz de trânsito ou em eventos com grandes multidões, casos em que não há a necessidade da caracterização de fundada suspeita para ser realizada.

Nesses casos, a diligência é discricionária e está alicerçada na supremacia do interesse público a ser tutelado pelo Estado, de modo que somente se o agente policial se deparar com um crime é que haverá a mudança na natureza da busca, oportunidade em que as regras aplicáveis migrarão para o campo processual penal.

Contudo, tal mudança não é motivo para desnaturar os atos anteriormente realizados sob a égide dos Direitos Administrativo e Constitucional, quando ultimados de forma proporcional e razoável, dentro dos parâmetros legais.

Outra situação é aquela em que os policiais, durante o policiamento ostensivo, já se deparam com circunstâncias indicativas de crime e, após analisá-las com fulcro no conhecimento oriundo de seu treinamento e da experiência de campo, entende estar caracterizada a "fundada suspeita" exigida pelo art. 244 do CPP. Mesmo nesse caso é possível valer-se dos atributos do poder de polícia para legitimar a busca pessoal, embora tal exercício deva estar alinhado com os requisitos exigidos pela lei processual penal.

Nesse contexto, é louvável a tentativa de se dar mais segurança jurídica ao delimitar o que vem a ser fundada suspeita. Entretanto, o estabelecimento de ***standards* rígidos**, como fez o Superior Tribunal de Justiça, retira da polícia ostensiva uma de suas principais armas de atuação no caso concreto, já que a experiência e o chamado "tirocínio policial", muitas vezes, permitem a intervenção a tempo e a contento para evitar a prática de crime.

O argumento do STJ de que tais limitações se prestam a evitar a perpetuação do racismo estrutural na sociedade é válido, mas não resolve o problema que se pretende combater, limitando-se apenas a engessar a atuação policial e **tornar deficiente a prestação jurisdicional do Estado**.

O estabelecimento de um quadro rígido de situações que legitimam ou não a abordagem policial e a busca pessoal, em vez de trazer a almejada segurança jurídica, apenas privilegiará o autor de crimes, que se valerá disso para se manter às margens da atuação policial, o que aumentará a sensação de impunidade, deixando a sociedade cada vez mais fragilizada.

Por isso a relevância da atuação do Supremo Tribunal Federal, que, ao se manifestar sobre o tema, vem reformando decisões proferidas pelo STJ, reconhecendo como fundada suspeita a fuga do indivíduo ao avistar os policiais, bem como o comportamento do agente que apresenta nervosismo imotivado na rua ou em situações de praxe, como decorrentes de uma blitz policial, de modo a privilegiar a atuação policial em prol de uma proteção mais assertiva do Estado dos interesses da coletividade, como reflexo da sua obrigação positiva de agir.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discricionariedade e motivação do ato administrativo. *In:* **Temas de direito administrativo**: estudos em homenagem ao professor Paulo Neves de Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 99-125.

ARAÚJO, Júlio César Rodrigues de. **Abordagem policial**: conduta ética e legal. Monografia apresentada ao Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública/CRISP da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais e à Secretaria Nacional de Segurança Pública/SENASP, 2008. Disponível em: http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCRIM/Publicacoes/AbordagemPolicial.pdf. Acesso em: 13 fev. 2024.

ASSIS, José Wilson Gomes de. **Operações tipo blitz e buscas pessoais coletivas**: as ações preventivas da Polícia Militar e a sua legalidade. Disponível em: jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/operacoesblitz.pdf. Acesso em: 18 jul. 2023.

ÁVILA, Humberto. Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular". **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE),** Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, setembro/outubro/novembro 2007. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp. Acesso em: 27 abr. 2024.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiro, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2008.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE),** Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 26, maio/junho/julho, 2011. Disponível em: http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-26- MAIO- 2011-ALICE-BORGES.pdf. Acesso em: 1º nov. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 22 jul. 2023.

BRASIL. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 1º nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC n. 873.039/SP, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 12.12.2023. **Diário do Judiciário**, 15 dez. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 830.530/SP. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Sexta Turma, julgado em 27/09/2023. **Diário do Judiciário eletrônico**, 4 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 158.580/BA. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Sexta Turma, julgado em 19/4/2022. **Diário do Judiciário eletrônico**, 25 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no RHC 235.568/SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma. Sessão virtual de 16/02/2024 a 23/02/2024. **Diário do Judiciário**, 1º mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 106.163, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma. Decisão de 06/03/2012. **Diário do Judiciário**, 14 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 227.823 AgR, Relator(a): Nunes Marques, Segunda Turma, julgado em 22/08/2023, DJe-s/n Divulgação 27-09-2023. **Diário do Judiciário**, 28 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 971.959/RS.** Relator: Ministro Luiz Fux Repercussão geral reconhecida. Tema nº 907. 5 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 229.514/PE. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma. Decisão de 28/08/2023. **Diário do Judiciário**, 31 ago. 2024.
FERRAJOLI, Luigi. Garantismo Penal. *In:* **Colección Lecturas Jurídicas. Série Estudios Jurídicos, número 34**. Traducción de Marina Gáscon e Maurício Martinez. Universidad Nacional Autónoma de México Facultad de Derecho: México, 2006, pp. 05-27. Disponível no link: <https://books.google.com.br/books?hl=pt- BR&lr=&id=MSmFuwC48mEC&oi=fnd&pg=PA3&dq=GARANTISMO+PENAL+FERR AJOLI&ots=lPapeEURZA&sig=9hG3dVlOJH0I8Sv7BaFs1p8EU8g&redir_esc=y#v=o nepage&q=GARANTISMO%20PENAL%20FERRAJOLI&f=false> Acesso em: 07 de maio de 2024.

FISCHER, Douglas; CALABRICH, Bruno; PELELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

FISCHER, Douglas. O dirigismo constitucional e o direito fundamental à Segurança Pública: aspectos jurídicos e fáticos. **Revista Eletrônica do TCE-RS.** Edição Especial 30 anos da Constituição Estadual, em 2019. Disponível em https://tcers.tc.br/repo/escola/biblioteca/revistas_eletronicas/REVISTA-ELETRONICA-TCERS-2017-07.pdf. Acesso em: 27 abr. 2024.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LAZZARINI, Álvaro. Limites do poder de polícia. **Revista de Direito Administrativo**, 198, p. 69-83, 1994. Disponível em: https://doi.org/10.12660/rda
.v198.1994.46412. Acesso em: 22 jul. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Volume I. Niterói: Impetus, 2011.

LUCIANO, Tânia Maria Pinc. **O uso da força não letal pela polícia nos encontros com o público**. 2007. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. doi:10.11606/D.8.2007.tde-28052007-151500. Acesso em: 13 fev. 2024.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O controle judicial dos atos administrativos. 1983. **Revista de Direito Administrativo**, 1983. Disponível em: bibliotecadigital.fgv.br. Acesso em: 22 jul. 2023.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 4. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Jus Podivm, 2010.

O PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

GUILHERME ABRAS GUIMARÃES DE ABREU

O PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

GUILHERME ABRAS GUIMARÃES DE ABREU

RESUMO: O poder geral de cautela é um poder atribuído ao Estado-Juiz, destinado a autorizar a concessão de medidas cautelares inominadas toda vez que as providências cautelares típicas se mostrarem inadequadas para assegurar, no caso concreto, a efetividade do processo principal. Porém, há bastante controvérsia quanto à existência do poder geral de cautela no processo penal. De um lado, uma parcela da doutrina defende que, no processo penal, não há medidas cautelares inominadas, não possuindo o juiz criminal um poder geral de cautela. Por outro lado, parte considerável da doutrina e da jurisprudência admite o poder geral de cautela no processo penal, contanto que as medidas cautelares inominadas sejam menos gravosas, assegurando a consecução do fim cautelar mediante a restrição de direitos que a medida típica limitaria de forma excessiva. O presente trabalho tratará sobre essa polêmica, vindo ao final concluir pela existência do poder geral de cautela no processo penal.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal. Medidas cautelares. Poder geral de cautela.

ABSTRACT: The general power of caution is an authority attributed to the Judiciary, aimed at authorizing the granting of unnamed precautionary measures whenever typical precautionary measures prove inadequate to ensure, in the specific case, the effectiveness of the main legal process. However, there is considerable controversy regarding the existence of the general power of caution in criminal proceedings. On one hand, a portion of legal doctrine argues that, in criminal proceedings, there are no unnamed precautionary measures, and the criminal judge does not possess a general power of caution. On the other hand, a significant portion of legal doctrine and case law acknowledges the general power of caution in criminal proceedings, provided that unnamed precautionary measures are less severe, ensuring the achievement of the cautionary purpose by restricting rights to a lesser extent than the typical measure would excessively do. This paper will address this controversy, ultimately concluding the existence of the general power of caution in criminal proceedings.

KEY WORDS: Criminal procedures; Precautionary measures. General power of caution in criminal procedures.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO 150

2 - MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO CIVIL E NO PROCESSO PENAL 150

3 - O PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL 153

4 - CONCLUSÃO 158

REFERÊNCIAS 158

1 - INTRODUÇÃO

Para que o processo tenha efetividade, não é suficiente apenas assegurar uma prestação jurisdicional completa e exaustiva. É essencial que os efeitos de pacificação social sejam efetivamente concretizados a partir da atuação judicial.

Em outras palavras, não tem utilidade assegurar a emissão de uma sentença final se não houver preocupação com a sua aplicabilidade prática.

Moreira (1984, p. 27) afirma que:

Digladiam-se as doutrinas; mas, para fins práticos, talvez seja possível enunciar algumas proposições em que todos (ou quase todos) se inclinarão a convir, sempre que se queira fixar os requisitos básicos que o processo há de buscar satisfazer, para merecer a qualificação de 'efetivo'. Elas configuram, por assim dizer, a problemática essencial da 'efetividade', que - sem esquecer quanto existe de subjetivo, quiçá de arbitrário, em qualquer escolha - ousaríamos resumir nos seguintes pontos:

> a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, *a todos os direitos* (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema;
>
> b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos;
>
> c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade;
>
> d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;
>
> e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias.

Nesse contexto, o processo cautelar assume um papel crucial para efetivar os princípios relacionados aos "instrumentos adequados" e à "utilidade do resultado do processo", como destacado pelo ilustre processualista. Por meio de uma cognição sumária, ele promove a eficácia prática da sentença, frequentemente comprometida pela lentidão da prestação jurisdicional. Isso permite, portanto, que o processo atinja os objetivos (jurídicos, sociais e políticos) que fundamentam sua existência.

A tutela de urgência, integrante do processo cautelar, baseia-se no princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), uma garantia que não se limita à mera possibilidade de acesso ao processo de conhecimento, mas que exige a aplicação de técnicas processuais que assegurem a efetiva prestação jurisdicional.

É crucial destacar que a implementação de qualquer medida cautelar depende da presença de dois requisitos essenciais: o *fumus boni iuris* (análise preliminar sobre a plausibilidade do direito reivindicado) e o *periculum in mora* (avaliação dos riscos que a demora natural da prestação jurisdicional pode causar à sua efetividade).

Este artigo contém quatro seções, incluindo esta introdução. Na sequência é feita uma exposição sobre as medidas cautelares no processo civil e no processo penal. O contexto do poder geral de cautela no processo penal é objeto da terceira seção. As conclusões completam o artigo.

2 - MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO CIVIL E NO PROCESSO PENAL

No âmbito do direito processual civil, é consenso a aceitação de medidas cautelares atípicas, possibilidade já contemplada pelo art. 798 do CPC/1973.

Conforme Greco Filho (1995, p. 154):

> O poder cautelar geral do juiz atua como poder integrativo da eficácia global da atividade jurisdicional. Se esta tem por finalidade declarar o direito de quem tem razão e satisfazer esse direito, deve ser dotada de instrumento para a garantia do direito enquanto não definitivamente julgado e satisfeito. O infinito número de hipóteses em que a demora pode gerar perigo torna impossível a previsão específica das medidas cautelares em número fechado, sendo, portanto, indispensável um poder cautelar geral que venha a abranger situações não previstas pelo legislador. Este disciplinou os procedimentos

cautelares mais comuns ou mais encontradiços, cabendo ao próprio juiz da causa adotar outras medidas protetivas quando houver, nos termos da lei, fundado receio de lesão grave e de difícil reparação.

Analisando o CPC/1973, Neves (2015, p. 1319) afirma:

> O poder geral de tutela deve ser analisado sob duas óticas: mirando o sistema jurídico e a atividade do juiz no caso concreto, sendo naturalmente mais ampla a primeira ótica.
>
> A tutela cautelar é ampla, geral e irrestrita, significando que a parte que dela necessite deve apenas demonstrar o preenchimento do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* no caso concreto para recebê-la. Significa dizer que, pensando-se em poder jurisdicional, a tutela cautelar deve ser entendida como a proteção jurisdicional prestada pelo Estado para afastar o perigo de ineficácia do resultado final da pretensão definitiva da parte, funcionando como aspecto concreto da promessa constitucional de inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5.°, XXXV, da CF).
>
> Poder geral de cautela, nesse sentido, significa o generalizado poder estatal de evitar no caso concreto que o tempo necessário para a concessão da tutela definitiva gere a ineficácia dessa tutela. Essa amplitude da proteção jurisdicional no âmbito cautelar impõe que nenhuma restrição seja admitida no tocante ao direito concreto da parte em obter essa espécie de tutela quando demonstra os requisitos necessários previstos em lei.
>
> [...]
>
> O próprio legislador expressamente reconhece a sua insuficiência, ao prever nos arts. 798 e 799 do CPC a possibilidade de o juiz conceder, além dos procedimentos cautelares específicos, "as medidas provisórias que julgar adequadas", podendo, "para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação da caução". E o Superior Tribunal de Justiça vem acertadamente entendendo pela admissão da cautelar inominada em razão do poder geral de cautela do *juiz* .
>
> Na realidade, a admissão de cautelares atípicas demonstra a faceta do poder geral de cautela quando aplicado ao sistema jurídico. O juiz, em sua atividade jurisdicional, só poderá efetivamente acautelar a parte necessitada se estiver munido de poder jurisdicional para tanto, de forma que a admissão na prática das cautelares inominadas significa que o poder jurisdicional cautelar é amplo, genérico e irrestrito, não se admitindo que, diante do preenchimento do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* no caso concreto e ausente a situação específica em previsão legal, se deixe de prestar a tutela jurisdicional. O que se pretende demonstrar é que a amplitude da tutela cautelar naturalmente se concretiza no processo, mas essa concretização só é possível em razão do poder jurisdicional geral de cautela existente.

No CPC/2015, os procedimentos cautelares específicos foram eliminados.

Em substituição, o art. 301 estabelece de forma abrangente que:

> A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguração do direito.

Nesse sentido, Montenegro (2011, p. 275) assevera:

> [...] percebemos que o legislador preferiu disciplinar a tutela de urgência apenas no gênero, propondo a implosão do sistema que prevê a coexistência de cautelares típicas (arresto, sequestro, busca e apreensão, alimentos provisionais, justificação, protesto, posse em nome do nascituro, dentre outras) e de cautelares atípicas. O *nomen juris* não tem mais qualquer importância, sendo suficiente a demonstração do preenchimento dos requisitos que autorizam a concessão da tutela de urgência.

Neves (2015, p. 1422), expressando certa surpresa diante do novo regramento, observa que:

> [...] causa extrema estranheza o art. 299 do Novo CPC prever que a tutela urgente de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguração do direito. Ainda que se possa afirmar que a norma legal prevê forma de efetivação, e não espécies de cautelar típicas, exatamente qual a razão dessa especificação? Afinal, as cautelares típicas nos deixaram ou não? Ou deixaram, mas nos arrependemos?
>
> Imagino um professor daqui a dez anos explicando para os alunos esse dispositivo 1egal, e tendo que explicar medidas - executivas ou cautelares - absolutamente estranhas ao aluno. A pergunta será óbvia: qual a exata necessidade dessa especificação, ainda mais quando o próprio dispositivo legal prevê a possibilidade de adoção de 'qualquer outra medida idônea para asseguração do direito'?

Em contraste com o direito processual civil, o tratamento das medidas cautelares no âmbito penal é notoriamente mais complexo e menos

organizado. O Código de Processo Penal (CPP) apresenta uma série de medidas acautelatórias distribuídas em diversos capítulos, sem uma estruturação sistemática clara.

As medidas assecuratórias de natureza patrimonial, também conhecidas como cautelares reais, estão dispostas no CPP entre os artigos 125 e 144-A. Estas incluem o sequestro, o arresto e a hipoteca legal, que visam garantir o eventual confisco como resultado da condenação, assegurar futura indenização ou reparação à vítima do crime, o pagamento das despesas processuais ou das penas pecuniárias ao Estado, e ainda prevenir que o réu se beneficie ilicitamente da infração cometida. Tais medidas têm como objetivo preservar os bens para que estes possam ser afetados pelos efeitos gerais da sentença penal condenatória, conforme estabelece o art. 91 do CP. Importante ressaltar que a aplicação dessas medidas depende da presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum in mora*, e não podem ser implementadas automaticamente pelo simples cometimento do delito.

Quanto às medidas cautelares probatórias, estas estão relacionadas com a produção de provas. Exemplos incluem a produção antecipada de provas (art. 156, I, do CPP), a busca domiciliar (art. 242 do CPP) e a interceptação telefônica (art. 3º da Lei 9.296/1996).

Por fim, as medidas cautelares pessoais dividem-se em prisionais e não prisionais. As medidas prisionais compreendem as segregações cautelares, como a prisão preventiva (arts. 312 e 313 do CPP) e a prisão temporária (Lei 7.960/89). As medidas cautelares pessoais não prisionais estão previstas no art. 319 do CPP, atualizado pela Lei nº 12.403/2011, e incluem diversas providências que não envolvem a prisão do indivíduo, quais sejam:

> I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
>
> II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
>
> III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
>
> IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
>
> V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
>
> VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
>
> VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
>
> VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial.

Apesar da lacuna existente no CPP no tocante às medidas cautelares de natureza pessoal antes da promulgação da Lei nº 12.403/11, a legislação especial já oferecia alternativas ao juiz para assegurar a efetividade do processo penal, sem necessariamente recorrer à prisão cautelar. Devido ao princípio da especialidade, essas medidas continuam em vigor e são complementares às novas medidas cautelares introduzidas pela recente legislação.

Um exemplo notável é o afastamento do Prefeito de suas funções em casos de crimes de responsabilidade. De acordo com o art. 2º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/67, em relação aos crimes comuns listados no art. 1º do mesmo decreto, exige-se que o órgão fracionário do Tribunal de Justiça, ao receber a denúncia, decida motivadamente sobre a prisão preventiva do acusado, para os crimes especificados nos incisos I e II do art. 1º, e sobre o seu afastamento do exercício do cargo durante a instrução criminal, para os demais incisos do artigo mencionado. Como é característico das medidas cautelares, tais restrições só podem ser impostas se estiverem presentes os requisitos do *fumus comissi delicti* e do *periculum in mora*.

Outro exemplo encontra-se no art. 294 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97), onde se estabelece que:

> Em qualquer fase da investigação ou da ação penal, havendo necessidade para a garantia da ordem pública, poderá o juiz, como medida cautelar, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação da autoridade policial, decretar, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção.

Destaque-se, ainda, as medidas protetivas de urgência previstas no *caput* do art. 22 da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06). A saber:

> I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;
>
> II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;
>
> III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:
>
> IV - aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
>
> V - contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
>
> VI - freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;
>
> VII - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Com exceção da medida protetiva prevista no art. 22, inciso V, da Lei nº 11.340/06, que se refere à prestação de alimentos provisionais ou provisórios e tem caráter patrimonial, as demais medidas delineadas no mesmo artigo possuem inequivocamente natureza cautelar pessoal. Elas estão diretamente relacionadas à pessoa do suposto agressor, visando à proteção da integridade física e psicológica da vítima.

3 - O PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL

Ao abordar as medidas cautelares, a legislação estabelece diversas providências cautelares especificamente definidas como medidas cautelares nominadas ou típicas. No entanto, dada a variedade de circunstâncias fáticas possíveis, nem sempre essas medidas abrangem todas as situações. Nesses casos, frente a um risco iminente que possa comprometer a eficácia e utilidade do processo principal, torna-se crucial que o magistrado utilize medidas cautelares atípicas, baseando-se no poder geral de cautela do juiz, expressamente reconhecido pelo art. 798 do CPC/1973 (atualizado para o art. 297 do CPC/2015).

Este poder geral de cautela é uma prerrogativa atribuída ao Estado-Juiz, permitindo a concessão de medidas cautelares inominadas sempre que as medidas típicas não se mostrarem adequadas para garantir, no caso concreto, a efetividade do processo principal.

No entanto, a existência do poder geral de cautela no âmbito do processo penal é tema de intensa controvérsia. Alguns doutrinadores argumentam que, no processo penal, não existem medidas cautelares inominadas e, consequentemente, o juiz criminal não possui um poder geral de cautela. Segundo essa visão, a adoção de medidas cautelares não expressamente previstas em lei constituiria uma violação ao princípio da legalidade, especificamente à sua dimensão de taxatividade.

O princípio da legalidade, conforme estabelecido no art. 5°, II, da Constituição Federal, determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Este princípio reflete a preocupação com o abuso de poder, que pode ser mais facilmente contido ou dificultado quando o próprio Estado está obrigado a seguir a lei.

Sobre a taxatividade, Lima (2015, p. 1024) observa que:

> A taxatividade é um fenômeno que exterioriza o princípio da legalidade, desempenhando dupla função na regulamentação de situações que implicam afetação de direitos fundamentais e liberdades públicas: a uma, assegura que todos os direitos que a Constituição Federal confere aos cidadãos não sejam afetados por ingerências estatais não autorizadas por lei (*nulla coatio sine lege*); a duas, que os juízes atuem adstritos ao império da lei. Logo, qualquer decisão judicial que esteja em condições de afetar a liberdade de locomoção deve estar balizada por limites impostos pelos legítimos representantes da soberania popular, o que confere previsibilidade e segurança jurídica. Portanto, cabe unicamente à lei estabelecer de maneira clara as modalidades, os pressupostos, as finalidades, o procedimento e a extensão do exercício de um poder. Somente assim dar-se-á segurança jurídica ao cidadão contra eventuais arbitrariedades cometidas em detrimento de sua liberdade de locomoção.

Para Lopes Júnior (2011, p. 57), o processo penal não comporta medidas cautelares atípicas, rejeitando a ideia de "uma ampliação, por analogia e importação de categorias do processo civil, do poder punitivo estatal". Ele defende que so-

mente as cautelares pessoais explicitamente previstas na Lei nº 12.403/11 devem ser aplicadas a investigados ou acusados no âmbito penal. Essa visão reflete uma preocupação com a limitação do poder punitivo do Estado, assegurando que a liberdade individual não seja restringida sem amparo direto na lei.

Além disso, uma parcela da jurisprudência também se posiciona contrariamente ao conceito de poder geral de cautela no processo penal, reforçando a necessidade de uma base legal estrita para a aplicação de qualquer medida restritiva ou cautelar. Essa perspectiva visa salvaguardar o princípio da legalidade e evitar a expansão não regulamentada das capacidades coercitivas do Estado.

> [...] As medidas protetivas de urgência, assim como as cautelares diversas da prisão, quando afetarem o *status libertatis*, obrigatoriamente devem observar o princípio da legalidade.
>
> 2. A cumulação de providências cautelares deve sempre atentar para o binômio proporcionalidade e adequação, aqui incluída a necessidade da medida restritiva à liberdade.
>
> 3. O juiz criminal não é dotado de poder geral de cautela para fins restritivos, tendo em vista os estritos limites da legalidade penal e o princípio da presunção de não-culpabilidade.
>
> 4. Verificando-se que as demais medidas impostas pela Corte originária em substituição à prisão se mostram suficientes para os fins a que se propõem e que visam alcançar - garantir a segurança da vítima e evitar novas investidas violentas por parte do agente -, mostra-se flagrantemente ilegal e desproporcional a aplicação de medida não expressamente prevista no ordenamento jurídico, como a que proibiu o paciente de sair de casa, exceto para trabalhar.
>
> 5. Habeas corpus não conhecido, concedendo-se a ordem de ofício, para afastar a medida protetiva de proibição de sair de casa, exceto para o trabalho.
>
> (HC 222.298/SE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 30/10/2013)

Conforme essa perspectiva, o Estado só deve adotar medidas cautelares que estejam estritamente alinhadas com o que está previsto no ordenamento jurídico. A restrição à liberdade individual exige uma autorização legal explícita, dado que o princípio da legalidade não apenas rege a definição dos delitos e das penas (preceitos penais primários e secundários), mas também a legalidade de qualquer forma de restrição imposta, afetando a liberdade do indivíduo desde o início do processo até a sua conclusão na esfera penal.

Neste contexto, o projeto do novo código de processo penal foi aprovado pelo Senado Federal (PL n. 156), que inclui em seu art. 526 a introdução de novas medidas cautelares penais e proíbe as medidas cautelares não nominadas. Após ser enviado à Câmara dos Deputados em 2010 sob o número 8045/2010, o projeto ainda espera, quase quatorze anos depois, pela formação de uma comissão temporária para sua análise.

É notável que a expansão do leque de medidas cautelares penais típicas, conforme proposto no Projeto de Lei n. 156 e na reformulação do Código de Processo Penal pela Lei 12.403/2011, reflete o reconhecimento de que o legislador não conseguiu prever todas as necessárias medidas cautelares frente à dinâmica das relações sociais, o que corrobora, ainda mais, a argumentação da corrente que defende a existência do poder geral de cautela no âmbito penal, que se passa a expor.

Polastri (2005) responde às críticas sobre a alegada falta de legalidade das medidas urgentes. Ele argumenta que o poder geral de cautela é essencial para assegurar a funcionalidade e a efetividade do processo penal em casos que demandam uma ação rápida e decisiva.

Destaca Polastri (2005, p. 120) que o poder geral de cautela:

> [...] é previsto na lei processual civil (Art. 798 do CPC: Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação) e o Código de Processo Penal admite a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito (art. 3º do CPP).

Mendonça (2011, p. 79), adotando uma perspectiva constitucional, defende o poder geral de cautela no processo penal e critica a noção de legalidade estrita argumentando que:

> [...] a própria Constituição assegura uma tutela jurisdicional adequada, assegurada no art. 5º, inc. XXXV, de sorte a conceder ao magistrado poderes para que não permita que o provimento jurisdicional final seja inútil.

Ainda, conforme Lima (2015, p. 1023):

> [...] parece-nos que a legalidade, na sua função de garantia, impede que se imponha uma medida restritiva de direito fundamental mais gravosa que não tenha previsão legal. Entretanto, considerando sua função precípua de garantia de direitos fundamentais, ela autoriza, para cumprir tal função, a alternatividade e a redutibilidade das medidas cautelares, objetivando uma medida alternativa menos gravosa. Ou seja, ao fazer uso do poder geral de cautela no processo penal, o juiz poderá ter uma alternativa não prevista em lei para se evitar uma desproporcional decretação da prisão cautelar que, assim, passa, inclusive, a ser uma opção de aplicação de hipótese cautelar mais benéfica ao acusado.

Cruz (2011, p.182) salienta que:

> [...] cremos ser possível, para prover a exigência cautelar do caso concreto, que se faça uso da analogia e se aplique medida não prevista no Código de Processo Penal, desde que presente a mesma *ratio essendi* da norma positivada em outro diploma (como, v.g., a que justifica o inciso I do artigo 22 da Lei Maria da Penha); ou, então, que se dê interpretação extensiva aos incisos que integram o artigo 319 do CPP de modo a abranger situações que a mera literalidade do preceito não pareça autorizar. [...] não se poderá subtrair do julgador a possibilidade de fazer uso de seu poder geral de cautela, de forma excepcional, tendo como objetivo evitar a prisão preventiva. Poderá o magistrado, então, impor ao investigado ou acusado medida que, embora não conste literalmente do rol positivado no artigo 319 do CPP seja prevista em outra norma do ordenamento, ou possa ser considerada, por meio de interpretação extensiva, abrangida na dicção de algum dos incisos que compõem o elenco das cautelares pessoais diversas da prisão, previstas no referido dispositivo.

Távora (2013, p. 1038), por sua vez, leciona que:

> [...] embora exista um rol expresso de medidas cautelares, nada impede que o juiz estabeleça outras tantas que sejam adequadas ao caso concreto, desde que não exceda os limites autorizados pela legislação. Daí pode o magistrado valer-se do rol do art. 319 do CPP, bem como de outras medidas menos restritivas, mas não pode aplicar medida cautelar mais gravosa sem que haja autorizativo legal expresso. Natural que seja assim, pois ninguém pode ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, pelo que transbordaria essa limitação constitucional a adoção de medidas cautelares ou assecuratórias mais ásperas que as acolhidas legislativamente".

É importante registrar que inexiste qualquer vedação no CPP ao poder geral de cautela em âmbito processual penal.

Ao revés, há expressa disposição no art. 3º do CPP de aplicação subsidiária das regras de processo civil, havendo no CPC a previsão de que:

> Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.
>
> Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

De acordo com Alves (2002, p. 240):

> [...] não se pode dizer que o magistrado, ao conceder urna cautela inominada, esteja agindo ao largo da lei, uma vez que é o próprio ordenamento jurídico (art. 798 do Código de Processo Civil c. c. o art. 3º do Código de Processo Penal) que lhe possibilita, presentes os requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora, a adoção de outras providências adequadas a garantir a eficácia da prestação jurisdicional".

Ainda, consta expressamente no artigo 22 da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) que, "constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, **entre outras**" – grifo nosso.

Também prevendo expressamente a possibilidade de medidas cautelares penais atípicas, a Lei n. 14.344/2022 (Lei Henry Borel) dispõe em seu artigo 20 que "constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente nos termos desta Lei, o juiz poderá determinar ao agressor, de imediato, em conjunto ou separadamente, a aplicação das seguintes medidas protetivas de urgência, **entre outras**" – grifo nosso.

Frise-se que mesmo antes da entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, doutrina e jurisprudência já admitiam o emprego do poder geral de cautela no processo penal.

A retenção do passaporte, medida que somente veio a ser expressamente prevista neste novo diploma legal, já era largamente utilizada.

Nesse sentido:

> [...] A retenção de passaporte pelo magistrado de primeiro grau tem clara natureza acautelatória, inserindo-se, portanto, no poder geral de cautela, o qual é depreendido de normas processuais dispostas no art. 3º do CPP, e do art. 798 do CPC. 2. 'Se o direito

brasileiro admite a decretação da prisão temporária e preventiva, entre outras medidas constritivas da liberdade de locomoção da pessoa, no momento anterior ao trânsito em julgado de sentença condenatória, com muito mais razão revela-se admissível a imposição de condições para o acusado durante o processo, como a entrega do passaporte, a necessidade de obtenção de autorização judicial para empreender viagens ao exterior, entre outras' (HC 94.147/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Dje 13.06.2008).

"MEDIDA CAUTELAR EM PETIÇÃO. MATÉRIA PENAL. REQUERENTE CUSTODIADO. TRANSFERÊNCIA. TUTELA DE URGÊNCIA. PODER GERAL DE CAUTELA. PEDIDO

PARCIALMENTE DEFERIDO. 1. Considerando o preenchimento dos requisitos ensejadores da tutela provisória, especialmente a urgência da medida, e diante do poder geral de cautela, o Tribunal Pleno, por maioria, referendou decisão do Relator no sentido do acolhimento parcial dos requerimentos formulados, sustando-se, até o julgamento definitivo desta Petição, os efeitos da decisão proferida em primeiro grau no que se refere à modificação do local de custódia do requerente. 2. Pedido parcialmente deferido.» (Pet 8312 MC, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2019). «Habeas corpus. Processual penal. Produção antecipada de provas. Art. 366 do CPP. Fundamentação. Constrangimento ilegal não-caracterizado. 1. Cabe ao Juiz da causa decidir sobre a necessidade da produção antecipada da prova testemunhal, podendo utilizar-se dessa faculdade quando a situação dos autos assim recomendar, como no caso em apreço, especialmente por tratar-se de ato que decorre do poder geral de cautela do Magistrado (art. 366 do CPP). 2. Habeas corpus denegado." (HC 93157, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 23/09/2008).

[…] Desde antes da edição da Lei n.º 12.403/2011 reputava-se legítimo que o Julgador determinasse a entrega do Passaporte, com fundamento no poder geral de cautela, a ser invocado quando necessário - como no caso, em que o Paciente não é nacional brasileiro, e foi preso justamente ao tentar deixar o país.

5. Mencione-se, *ad argumentandum*, que essa possibilidade, hoje, após a edição da referida Lei, inclusive encontra-se expressamente positivada no direito Pátrio (Art. 320 do Código de Processo Penal).

6. Ausência de ilegalidade flagrante que permita a concessão da ordem de ofício.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 192.193/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 17/12/2012)

[…] A Lei n. 12.403/2011 previu, além das medidas elencadas no novo artigo 319 do CPP, outras providências de cunho cautelar (entrega de passaporte, prisão domiciliar, além da própria liberdade provisória) em preceitos distintos, a permitir a complementação das opções de que dispõe o magistrado no momento de prover a situação concreta, de modo adequado e suficiente, diretriz que outra norma reformadora do Código de Processo Penal, a Lei n. 11.719/2008, já apontava na redação dada ao (antigo) parágrafo único do art. 387 do CPP.

3. Outrossim, vale recordar que outras normas já preveem medidas cautelares pessoais, como a que admite "a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção" (art. 294, caput, da Lei n.º 9.503/97) e a que permite o deferimento de "medidas protetivas de urgência" à vítima de violência doméstica (artigo 22 da Lei Maria da Penha).

4. Dessa maneira, mesmo nos casos anteriores ao advento das Leis ns. 11.719/2008 e 12.403/2011, não se poderia subtrair do julgador a possibilidade de fazer uso do poder geral de cautela, de forma excepcional, tendo como objetivo evitar a prisão preventiva, tal qual ocorreu na espécie.

5. Tampouco há de se falar em vedação da retroatividade dos efeitos da Lei n. 11.719/2008, como faz crer a impetração; e não apenas em razão do reconhecido poder geral de cautela no processo penal, mas também porque a natureza do aludido diploma é exclusivamente de direito processual, cuja aplicação é imediata aos processos em curso.

6. Na hipótese, é de ser ver que passados quase 7 anos desde a apreensão dos passaportes, não mais vislumbro a necessidade/adequação da medida, porquanto não há notícia de que o acusado deixou de cooperar com o Poder Judiciário. Ademais, as peças do feito parecem indicar que o paciente mantém seus endereços devidamente atualizados.

7. Assim, em razão da ausência de quaisquer indícios de que o paciente procura furtar-se à aplicação da lei penal, fundamento utilizado pelas instâncias ordinárias para amparar a retenção dos passaportes, concedo a ordem, de ofício, para revogar a restrição, sob a condição de que o paciente comunique, previamente, ao Desembargador relator da apelação criminal, eventual viagem ao exterior, com o período em que se ausentará do país.

8. Habeas corpus não conhecido, por ser substitutivo de recurso ordinário. Ordem concedida de ofício.

(HC 126.973/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 15/09/2014).

Outra medida cautelar inominada bastante aceita na jurisprudência dos tribunais superiores é a regressão cautelar de regime na execução penal quando há notícia da prática de falta grave.

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. RECONVERSÃO PENA RESTRITIVA DE DIREITO EM PRIVATIVA LIBERDADE. REGRESSÃO CAUTELAR. REGIME FECHADO. RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE. PRÁTICA DE CRIME DOLOSO. DESNECESSIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO PELO NOVO DELITO. REGRESSÃO CAUTELAR. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
>
> 1. A decisão do magistrado de primeiro grau de jurisdição, referendada pela Corte Estadual, encontra-se devidamente fundamentada ante a natureza da falta disciplinar, consistente na prática de fato previsto como crime doloso.
>
> 2. No tocante à alegação de ausência do trânsito em julgado da nova ação e, por tal motivo, a impossibilidade de reconhecimento da falta grave, os procedimentos são autônomos, e, de acordo com o entendimento sedimentado na Súmula 526 desta Corte Superior, "o reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato."
>
> 3. Logo, homologada a falta grave, pela prática de crime doloso no curso da execução, é possível a aplicação de todos os consectários legais decorrentes de tal infração disciplinar, independente da conclusão da ação penal no qual se apura o novo delito.
>
> 4. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior e com lastro no poder geral de cautela conferido ao Juiz das Execuções Penais, é válida a decisão que determina a regressão cautelar do regime de cumprimento de pena em razão da suposta prática de infração grave.
>
> 5. Entende-se, ainda, ser possível a regressão cautelar para qualquer dos regimes mais rigorosos, por analogia ao disposto no art. 118 da Lei n. 7.210/1984.
>
> 6. Agravo regimental não provido.
>
> (AgRg no HC n. 863.389/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/2/2024, DJe de 28/2/2024.)

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. NOTÍCIA DE DESCUMPRIMENTO DE REGRA IMPOSTA AO REGIME ABERTO. SUPOSTA PRÁTICA DE FALTA GRAVE. REGRESSÃO CAUTELAR DE REGIME. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO.
>
> 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior e com lastro no poder geral de cautela conferido ao Juiz das Execuções Penais, é válida a decisão que determina a regressão cautelar do regime de cumprimento de pena em razão da suposta prática de infração grave.
>
> 2. Entende-se, ainda, ser possível a regressão cautelar para qualquer dos regimes mais rigorosos, por analogia ao disposto no art. 118, da Lei n. 7.210/1984.
>
> 3. Na hipótese, o Magistrado singular sustou cautelarmente a manutenção do Agravante em regime aberto e determinou a sua transferência cautelar para o regime semiaberto, e m razão do descumprimento das regras do regime aberto, por violação da regra prevista no art. 146-C, inciso II, da Lei de Execução Penal.
>
> 4. Os temas relativos às supostas condução coercitiva, revista pessoal ilegal, por ausência de justa causa, e prévia advertência à Agravante ao direito de autoincriminação, não foram objeto de debate no acórdão recorrido, motivo pelo qual incabível o exame das matérias, sob pena de indevida supressão de instância.
>
> Agravo regimental desprovido.
>
> (AgRg no RHC n. 184.586/RJ, relator Ministro Teodoro Silva Santos, Sexta Turma, julgado em 26/2/2024, DJe de 5/3/2024.)

Como se percebe, não há qualquer ilegalidade ou absurdo em se admitir o poder geral de cautela no processo penal para que seja implementada uma medida alternativa menos gravosa, que nada mais faz do que assegurar a consecução do fim cautelar mediante a restrição daqueles direitos que a medida típica limitaria de forma excessiva.

De acordo com Serrano (1990, p. 201):

> [...] a restrição do direito limitado pela medida alternativa dispõe de cobertura legal, já que a lei autoriza a limitação em um volume maior que o finalmente ocasionado pelo meio substitutivo menos gravoso.

> [...] a relativização do princípio de legalidade que esta maneira se produz é tão-somente parcial, de caráter quantitativo e em face do interesse do cidadão, que vê limitados os seus direitos em um grau menor do que o previsto pela lei em caráter geral.

Ou seja, "quem pode o mais pode o menos", afigurando-se como dever do magistrado sempre escolher "o menos" – notadamente no processo penal, diante do princípio *favor libertatis* – contanto que se trate de uma medida igualmente eficaz.

Conforme consignado pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADPF 444/DF pelo Supremo Tribunal Federal:

> "Não se permite, portanto, em sede de direito de ir e vir, o denominado poder geral de cautela do juiz, que ignore o artigo 260 do CPP, pois em matéria de privação de liberdade de locomoção deve existir expressa previsão legal. A garantia individual de somente ser privado do direito de ir e vir nas hipóteses taxativamente estabelecidas na lei é uma das mais importantes previsões históricas. Nos estratos do Segundo Instituto, o grande magistrado inglês COKE, em 1642, ao comentar a Magna Carta, por ordem da Câmara dos Comuns, afirmou, no capítulo 29: "que nenhum homem seja detido ou preso senão pela lei da terra, isto é, pela lei comum, lei estatutária ou costume da Inglaterra"; em outras palavras, que nenhum homem seja privado de sua liberdade de ir e vir sem expressa autorização constitucional ou legal. Assim ocorre com as previsões expressas das hipóteses de prisões em flagrante, temporária, preventiva e, também, aqui, na questão da condução coercitiva".

No mesmo sentido é a jurisprudência da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça:

> Aplica-se o poder geral de cautela ao processo penal, só havendo restrição a ele, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF 444/DF, no que diz respeito às cautelares pessoais, que de alguma forma restrinjam o direito de ir e vir da pessoa. [...] (REsp n. 1.568.445/PR, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, relator para acórdão Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 24/6/2020, DJe de 20/8/2020).

Como se vê, não obstante se tratar de tema controvertido, importante parte da doutrina e da jurisprudência legitimam o poder geral de cautela em âmbito processual penal.

4 - CONCLUSÃO

A tutela cautelar, que tem como objetivo prevenir o risco de ineficácia do resultado final pretendido definitivamente pela parte, apresenta-se como uma expressão concreta da garantia constitucional de acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, da CF/88).

Dada a impossibilidade de se prever todas as situações em que a demora processual possa resultar em danos, é fundamental que o juiz (cível ou criminal) tenha o poder de determinar medidas cautelares atípicas de modo a se garantir a efetiva prestação jurisdicional.

Além de inexistir qualquer vedação no CPP ao poder geral de cautela em âmbito processual penal, há no art. 3º do CPP a previsão de aplicação subsidiária das regras de processo civil (seara em que o poder geral de cautela é pacificamente aceito), existindo, de mais a mais, previsões de expressa autorização legislativa para a aplicação de medidas cautelares inominadas, como se vê do artigo 22 da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e do artigo 20 da Lei n. 14.344/2022 (Lei Henry Borel).

Assim, conclui-se pela necessidade e legitimidade do poder geral de cautela também no âmbito processual penal.

REFERÊNCIA

ALVES, Rogério Pacheco. **O poder geral de cautela no processo penal**. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro, 2002.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 out. 1941.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Lei Maria da Penha. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 8 ago. 2006.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015.
BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Código de Trânsito Brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 set. 1997.

BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei 156 de 2009**. Altera o Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 444**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 14/06/2018. Processo eletrônico. Diário de Justiça Eletrônico, nº 107, divulgado em 21/05/2019, publicado em 22/05/2019. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 93157**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Relator p/ Acórdão: Min. Menezes Direito. Primeira Turma. Julgado em 23/09/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 94.147/RJ**. Rel. Min. Ellen Gracie. Diário de Justiça Eletrônico, 13 jun. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em **Petição nº 8312 MC**. Relator: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgado em 07/08/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 863.389/SP**. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Quinta Turma. Julgado em 26/02/2024. Diário de Justiça Eletrônico, 28/02/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 184.586/RJ**. Relator: Min. Teodoro Silva Santos. Sexta Turma. Julgado em 26/02/2024. Diário de Justiça Eletrônico, 05/03/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 126.973/SP**. Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Sexta Turma. Julgado em 27/05/2014. Diário de Justiça Eletrônico, 15 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 192.193/DF**. Rel. Ministra Laurita Vaz. Quinta Turma. Julgado em 11/12/2012. Diário de Justiça Eletrônico, 17 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.568.445/PR**. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Relator para acórdão: Min. Ribeiro Dantas. Terceira Seção. Julgado em 24/06/2020. Diário de Justiça Eletrônico, de 20/08/2020.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro – v. 3**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 3ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucio- nal**. v. 2. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. São Paulo: Método, 2011.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Projeto do Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Notas sobre o problema da "efetividade" do processo**. *In* Temas de Direito Processual - Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. rev., atual. e ampl.; São Paulo: Método, 2015.

POLASTRI, Marcellus. **Tutela cautelar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TÁVORA, Nestor. ANTONNI, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2013.

SÚMULA VINCULANTE N.º 56 SOB O ENFOQUE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

JULIANA GOMES DOS SANTOS

SÚMULA VINCULANTE N.º 56 SOB O ENFOQUE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

JULIANA GOMES DOS SANTOS

PROFESSOR ORIENTADOR: LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

RESUMO: Neste ensaio, se abordará, à luz da metodologia jurídico-teórica e do raciocínio lógico-dedutivo, a questão da soltura em massa de presos condenados feita com base na Súmula Vinculante n.º 56; serão feitos apontamentos sobre o sistema progressivo de pena, sobre segurança pública, e analisados casos do Brasil na jurisprudência internacional referente aos estabelecimentos prisionais, controle de convencionalidade, e pesquisa por amostragem realizada em processos de Execução da Comarca de Belo Horizonte no primeiro semestre de 2023, em que foram concedidas prisões domiciliares com fundamento na referida súmula e o efeito desses benefícios. É preciso interpretar a Súmula Vinculante n.º 56 com viés individual e não coletivo, em razão de seus efeitos sobre a ressocialização do condenado e a sociedade. Ao final, apresentam-se possíveis soluções para essa questão secular da superpopulação carcerária, na busca pela harmonia entre os direitos constitucionais de dignidade do preso e de segurança pública da população.

PALAVRAS-CHAVE: Súmula Vinculante n.º 56. Controle de Convencionalidade. Segurança Pública.

ABSTRACT: This essay will address the issue of mass release of convicted prisoners, based on Binding Precedent No. 56 and with theoretical insights into the progressive system of punishment, public security, cases from Brazil in international jurisprudence regarding prisons, conventionality control, sampling research conducted in Execution processes of the Belo Horizonte District in the first semester of 2023, in which home confinement was granted based on said binding precedent, and the effect of these benefits. There is a need for interpretation of the aforementioned binding precedent with an individual bias rather than collective, due to its effects on the rehabilitation of the convicts and society. Finally, the work will be concluded with possible solutions to this age-old issue of prison overcrowding, in order to achieve harmony between the constitutional rights of the dignity of the prisoner and public security.

KEYWORDS: Brazilian Binding Precedent No. 56. Control of Conventionality. Public Safety.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO 163

2 - SEGURANÇA PÚBLICA – SISTEMA PROGRESSIVO DA PENA 163

3 - JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL DA CORTE INTERAMERICANA..... 165
DE DIREITOS HUMANOS SOBRE O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO – CASOS

4 - CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E EFEITOS DA SÚMULA VINCULANTE N.° 56 167

5 - CONCLUSÃO..... 170

REFERÊNCIAS 170

1 - INTRODUÇÃO

O artigo focará no problema da superpopulação carcerária, que ensejou, após a sessão plenária de 29 de junho de 2016, a edição da Súmula Vinculante n.º 56, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que – no afã de resolver a questão estrutural do sistema penitenciário brasileiro – determinou a soltura do condenado recolhido em estabelecimento prisional diverso do regime fixado na condenação.

A relevância de se estudar o tema decorre da menor importância que julgadores têm conferido aos direitos da segurança pública e individualização da pena, ao concederem automaticamente benefícios não previstos em lei e contrários, inclusive, a tratados e jurisprudências internacionais.

Para tanto, a pesquisa será realizada à luz da metodologia jurídico-teórica e do raciocínio lógico-dedutivo, com apontamentos teóricos sobre o sistema progressivo de pena, segurança pública, casos do Brasil na jurisprudência internacional referente aos estabelecimentos prisionais, controle de convencionalidade, pesquisa por amostragem realizada em processos de Execução da Comarca de Belo Horizonte no primeiro semestre de 2023, em que foram concedidas prisões domiciliares com fundamento na referida súmula, e o efeito desses benefícios.

Ademais, salienta-se que até a lei, editada pelos representantes do povo, sofre limitação no momento de sua aplicação. Com maior razão, a súmula vinculante também deveria sofrê-la, pois pensar de modo diverso significa dotar o entendimento jurisprudencial de um valor absoluto que não é conferido nem à lei.

Os efeitos deletérios da interpretação extensiva e automática da Súmula Vinculante n.º 56 do STF foram comprovados numa pesquisa por amostragem, em 20 processos de execução criminal da Comarca de Belo Horizonte, em que foram concedidas prisões domiciliares por falta de estabelecimento prisional adequado.

O principal referencial teórico do presente artigo é a doutrina de Valério de Oliveira Mazzuoli (2022; 2024), pioneiro no estudo do tema controle de convencionalidade no Brasil, que se perfaz na conformação das normas jurídicas com os tratados internacionais ratificados.

Assim, o tema versará sobre o direito da execução penal e, especificamente, sobre a análise da Súmula Vinculante n.º 56 e seus consectários jurídicos e práticos ao estabelecer que:

> **A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado** em regime prisional mais gravoso, **devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS**. (BRASIL, 2016b, grifo nosso).

O relator desse paradigma foi o Ministro Gilmar Mendes, cujo voto foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Teori Zavaschi, Roberto Barroso, Rosa Weber, Carmem Lúcia, Luiz Fux, Celso de Melo e Ricardo Lewandowski. Contudo, este Ministrou ponderou que todas as medidas indicadas ao Conselho Nacional de Justiça já estavam sendo realizadas. O Ministro Marco Aurélio não seguiu o voto ao argumento de que se tratava de processo de caráter subjetivo.

Este voto do Ministro Marco Aurélio visava não fomentar políticas públicas sobre o tema, através do Poder Judiciário, afastando assim a técnica do processo estrutural que realiza políticas públicas em problemas estruturais, como o caso da superlotação carcerária brasileira.

O citado recurso extraordinário teve repercussão geral reconhecida e foi submetido ao Pleno, para julgamento, após audiência pública com oitiva de 28 especialistas da área, talvez já pensando na citada técnica do processo estrutural.

Em um dos argumentos do voto, o ministro Gilmar Mendes relembrou ainda a visita da Comissária dos Direitos Humanos das Organizações das Nações Unidas, em 2007/2008, para inspeções com foco no sistema prisional. Tal visita ocorreu em razão do episódio lamentável em Abaetetuba, em que uma adolescente ficou presa por dias com vários detentos, por determinação judicial. O relator enfatizou que a comissária se disse preocupada com o sistema prisional brasileiro, tentando demonstrar a atenção da comunidade internacional para este nosso problema.

2 - SEGURANÇA PÚBLICA – SISTEMA PROGRESSIVO DA PENA

A visita da comissária dos Direitos Humanos está prevista nos artigos 43 e 48, alínea "d", da Convenção Americana sobre Direitos Humanos,

pacto que foi depositado com ressalva pelo Decreto n.º 678/1992 ao exigir prévia anuência do Estado para referida diligência, conforme artigo 2º do ato normativo supramencionado (BRASIL, 1992).

O citado Pacto de São José da Costa Rica, ratificado em 1992 pelo citado decreto, prevê no artigo 7º, item 1, de seu texto o direito à liberdade pessoal*:* "**Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais**" (BRASIL, 1992, grifo nosso).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) também prevê o direito à segurança pública no preâmbulo, artigos 5º; 6º; 85, inciso IV, e, especialmente, no artigo 144: "A segurança pública, **dever do Estado**, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a **preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio**, através dos seguintes órgãos [...]" (BRASIL, 1988, grifo nosso).

De se perceber que a CRFB/88 concedeu especial importância ao considerar a segurança pública como valor supremo, direito individual e social, bem jurídico tutelado no crime de responsabilidade praticado pelo Presidente da República, bem como no título "Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas".

Destarte, insta salientar que segurança pública tem natureza jurídica de direito fundamental, social, norma supralegal[1] e consiste no dever do Estado e direito de todos.

A CRFB/88 também estabelece no artigo 5º, inciso XLVI, que "**a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade** [...]" (BRASIL, 1988, grifo nosso).

O Código Penal estipula:

> Art. 33 A pena de **reclusão deve ser cumprida** em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
>
> a) § 1º – Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
>
> b) **regime fechado** a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
>
> c) **regime semiaberto** a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
>
> d) **regime aberto** a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado. (BRASIL, 1940, grifo nosso).

A Lei de Execução Penal, por sua vez, determina em seu artigo 5º que "os **condenados serão classificados**, **segundo os seus** antecedentes e personalidade, **para orientar a individualização da execução penal**. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)" (BRASIL, 1940, grifo nosso).

Pela leitura dos artigos transcritos, percebe-se que, antes da CRFB/88, o Brasil já adotava o sistema progressivo com os regimes – fechado, semiaberto e aberto – como norte para a execução da pena.

Não se tem notícia, salvo melhor juízo, de outro sistema de resposta estatal, fundado em princípios democráticos, que possa garantir a individualização da pena e a segurança pública em paralelo.

Em suma, a paz social é um valor tão presente e importante na Constituição brasileira de 1988 que é uma das hipóteses autorizadoras da decretação do Estado de Defesa, conforme artigo 136: "O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública **ou a paz social ameaçada** por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza [...]" (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Assim, a segurança pública, que também é um direito constitucional inclusive previsto em tratados internacionais, precisa ser considerada no momento da interpretação ou aplicação de qualquer norma, inclusive súmulas, até porque a sistemática construída para ressocialização do condenado exige o cumprimento do sistema progressivo de pena e necessita dele.

---

1 O referido tratado foi aprovado antes da Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004, por isto, apesar de versar matéria de Direitos Humanos, é considerado como norma supralegal, ou seja, acima das normas infraconstitucionais, mas inferiores às normas constitucionais, conforme Recurso Extraordinário nº 466.343 com Repercussão Geral no Tema 60. Todavia, o nobre doutrinador Valério Mazzuoli discorda dessa classificação e defende a tese de que se trata de norma materialmente constitucional, com fundamento no §2º, artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (MAZZUOLI, 2022; 2024).

3 - JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO – CASOS

Como dito, o Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 1992 (Decreto n.º 678/1992) e reconheceu a competência jurisdicional contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998 (Decreto n. 4.463/2002):

> Art.1º É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998. (BRASIL, 2002).

Dentre as sanções aplicáveis pela CIDH, que possui competência cível, pelo descumprimento da referida Convenção destaque-se a reparação por danos morais e/ou materiais, bem como estabelecimento de obrigações de fazer ou não fazer ao Estado condenado.

Após o decreto supracitado, a Corte IDH julgou o Brasil em sete casos sobre o tema da superlotação carcerária, quais sejam: Urso Branco (2004); Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira (2008); Complexo do Tatuapé da FEBEM21 (2008); Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (2017); Unidade de Internação Socioeducativa (2017); Complexo Penitenciário de Curado (2018) e Complexo Penitenciário de Pedrinhas (2018).

Seis Estados da Federação tiveram casos julgados pela Corte IDH sobre o tema estabelecimentos prisionais: Rondônia, São Paulo, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Pernambuco e Maranhão. Em São Paulo, foram julgados os casos dos estabelecimentos prisionais Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira e Complexo do Tatuapé.

O Caso Carandiru não foi julgado pela Corte IDH, mas analisado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, conforme Relatório n.º 34/00 (OEA, 2000).

A seguir, destacam-se os principais pontos dos casos julgados pela CIDH contra o Brasil:

- **Caso Urso Branco** (Porto Velho/Rondônia); Resolução da Corte IDH em 7 de julho de 2004: a Casa de Detenção José Mário Alves (Penitenciária Urso Branco) teve a maior rebelião então registrada em Rondônia, no dia 1º de janeiro de 2002, que foi causada pela superlotação carcerária, por falta de estrutura para abrigar os 1300 detentos, já que fora construída para abrigar 300, bem como liderança no estabelecimento prisional exercida por organizações criminosas que cometiam atrocidades, culminando na chacina de 27 pessoas. Os fatos foram tão absurdos que **a Corte IDH, dentre outras punições, ameaçou proibir o Brasil de realizar empréstimos com grandes bancos e retirar a cadeira do Brasil na Organização das Nações Unidas** (CIDH, 2004).

- **Caso Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira** (Araraquara-SP); Resolução da Corte IDH de junho de 2008: a situação que fundamentou a atuação da CIDH neste estabelecimento prisional ocorreu após uma rebelião dos presos contra a atitude dos agentes penitenciários, os quais soldaram as celas dos rebelados, deixando-os à própria sorte (CIDH, 2008b).

- **Caso Complexo do Tatuapé da FEBEM21** (São Paulo/SP); Resolução da Corte IDH de novembro de 2008: este caso também decorreu da falta de estrutura para abrigar os adolescentes/crianças, superlotação, denúncias de torturas e motins (CIDH, 2008a).

- **Caso Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho** (Rio de Janeiro/RJ); Resolução da Corte IDH em agosto de 2017: este caso foi marcado pela morte de 90 presos decorrente da superlotação carcerária e problemas de saúde causados pela falta de infraestrutura para abrigar os então 3.454 condenados em regime semiaberto, quando a capacidade era de 1.699 presos (CIDH, 2017a).

Este Caso teve a peculiaridade de contar com menção expressa à Súmula Vinculante n.º 56, *in verbis*:

> "113. Esta Corte constata que a decisão do Supremo Tribunal Federal do Brasil é meridianamente clara e não deixa margem a dúvidas de que, em casos de falta de vagas, ou seja, de superlotação

e superpopulação, o Juiz da Execução Penal deve determinar a saída antecipada do preso, sua liberdade eletronicamente monitorada ou prisão domiciliar. A lógica jurídica dessa decisão é garantir que a pena do condenado não seja ilícita ou viole os direitos fundamentais da individualização da pena e a integridade pessoal do preso. 114. No entanto, compete aos juízes de execução penal determinar se o local de detenção é adequado ao regime de cumprimento de pena do condenado. A Corte Interamericana considera que a Súmula Vinculante 56 é plenamente aplicável como precedente obrigatório à situação dos beneficiários das presentes medidas provisórias, em razão dos fatos expostos na presente resolução e em resoluções anteriores do Tribunal." (CIDH, 2018a, s.p.).

- **Caso Unidade de Internação Socioeducativa** (Cariacica/ES); Resolução da Corte IDH em novembro de 2017: neste, além da superlotação carcerária, foram registrados motins, fugas e falta de assistência que viabilizasse a reinserção dos adolescentes na sociedade (CIDH, 2017b).

- **Caso Complexo Penitenciário de Curado** (Recife/PE); Resolução da Corte IDH em novembro de 2018: também marcado pela superlotação carcerária, o **caso Curado passou por uma atuação mais incisiva e pragmática da Corte IDH, que até então se limitava a recomendar a adoção de medidas pelo Brasil**. Por essa razão, é importante descrever parte das determinações:

PORTANTO: A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, no exercício das atribuições que a ela conferem o artigo 63.2 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, e o artigo

27 de seu Regulamento, **RESOLVE:** 1. Requerer ao Estado que **adote imediatamente todas as medidas** que sejam necessárias para proteger eficazmente a vida, a saúde e a integridade pessoal de todas as pessoas privadas de liberdade no Complexo de Curado bem como de qualquer pessoa que se encontre nesse estabelecimento, inclusive os agentes penitenciários, os funcionários e os visitantes. (...) 4. O Estado deve tomar as medidas necessárias para que, em atenção ao disposto na Súmula Vinculante No. 56, do Supremo Tribunal Federal do Brasil, a partir da notificação da presente resolução, não ingressem novos presos no Complexo de Curado, e nem se efetuem traslados dos que estejam ali alojados para outros estabelecimentos penais, por disposição administrativa. **Quando, por ordem judicial, se deva trasladar um preso a outro estabelecimento, o disposto a seguir, a respeito do cômputo duplo, valerá para os dias em que tenha permanecido privado de liberdade no Complexo de Curado, em atenção ao disposto nos considerados 118 a 133 da presente resolução. 5. O Estado deve adotar as medidas necessárias para que o mesmo cômputo se aplique, conforme o disposto a seguir, para aqueles que tenham deixado o Complexo de Curado, em tudo o que se refere ao cálculo do tempo em que nele tenham permanecido, de acordo com os considerados 118 a 133 da presente resolução**. 6. **O Estado deverá arbitrar os meios para que, no prazo de seis meses a contar da presente decisão, se compute em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no Complexo de Curado, para todas as pessoas ali alojadas que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas, nos termos dos considerados 118 a 133 da presente resolução**. 7. **O Estado deverá** organizar, no prazo de quatro meses a partir da presente decisão, uma equipe criminológica de profissionais, em especial psicólogos e assistentes sociais, sem prejuízo de outros, que, em pareceres assinados pelo menos por três deles, avalie o prognóstico de conduta, com base em indicadores de agressividade dos presos alojados no Complexo de Curado, acusados de crimes contra a vida e a integridade física, ou de crimes sexuais, ou por eles condenados. Segundo o resultado alcançado em cada caso, a equipe criminológica, ou pelo menos três de seus profissionais, conforme o prognóstico de conduta a que tenha chegado, aconselhará a conveniência ou inconveniência do cômputo em dobro do tempo de privação de liberdade ou, então, sua redução em menor medida. 8. O Estado **deverá** dotar a equipe criminológica do número de profissionais e da infraestrutura necessária para que seu trabalho possa ser realizado no prazo de oito meses a partir de seu início. 9. Requerer ao Estado que continue informando a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cada três meses, contados a partir da notificação da presente resolução, sobre a implementação das medidas provisórias adotadas em conformidade com esta decisão, e sobre seus efeitos, referindo-se, em especial, às perguntas discriminadas no Considerando 164 da presente resolução. (...)14. Dispor que o Estado, imediatamente, leve a presente resolução ao conhecimento dos órgãos encarregados do monitoramento das presentes medidas provisórias bem como do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça. Corte IDH. Assunto do Complexo Penitenciário de Curado a respeito do Brasil. Resolução de 28 de novembro de 2018, da Corte Interamericana de Direitos Humanos. (CIDH, 2018a, s.p.).

No **caso Curado, a Corte IDH**, dentre outras determinações, **estabeleceu o cômputo do prazo em dobro para cada dia de pena cumprida, desde que os presos não fossem acusados de crimes contra a vida, integridade física, crimes**

sexuais, ou não tivessem sido condenados por tais crimes (CIDH, 2018a).

- **Caso Pedrinhas** (São Luís/MA), novembro de 2018: no Complexo Penitenciário Pedrinhas, a superlotação carcerária também foi marcante, com motins, rebeliões, assassinatos e até um ato de canibalismo em que uma facção rival matou o detento e assou seu fígado, servindo-o como churrasco (CIDH, 2018b). Como se percebe, **a Corte IDH**, ao julgar a questão da superlotação carcerária brasileira, **não proferiu sentenças tão amplas e desprovidas de critérios técnicos para liberação dos presos como tem ocorrido com a aplicação da Súmula Vinculante n.º 56** (STF, 2016).

Nesse sentido, **a própria Corte IDH, na Resolução do Caso Curado, ressaltou a impossibilidade de soltura em massa**, nos seguintes termos:

> 125. **Considera a Corte que a solução radical, antes mencionada, que se inclina pela imediata liberdade dos presos em razão da inadmissibilidade de penas ilícitas em um Estado de Direito, embora seja firmemente principista e na lógica jurídica quase inobjetável, desconhece que seria causa de um enorme alarme social que pode ser motivo de males ainda maiores**. (CIDH, 2018a, p. 8, grifo nosso).

Conforme anteriormente destacado, o Brasil reconheceu a competência jurisdicional contenciosa da Corte IDH para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998 – Decretos n.º 678/1992 e n.º 4.463/2002, o que significa que é necessário observar os precedentes internacionais na solução de questões relacionadas à superpopulação carcerária após esse período (BRASIL, 1992; 2002).

4 - CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E EFEITOS DA SÚMULA VINCULANTE N.º 56

Após a análise dos referidos casos, percebe-se a importância que a Corte Interamericana de Direitos Humanos concede aos direitos dos presos, mas também aos da sociedade em geral. Por isto, é importante ressaltar o ensinamento do doutrinador Valério Mazzuoli, o qual defende a necessidade da **compatibilidade material dos atos internos em face das normas internacionais, incluindo a jurisprudência da Corte IDH** (MAZZUOLI, 2022; 2024):

> A Corte Interamericana toma também como **paradigma de controle de convencionalidade não somente os tratados de direitos humanos, em especial a Convenção Americana, senão também a sua própria jurisprudência**. O conhecimento dessa jurisprudência é fundamental para quem pretende investigar por dentro o sistema regional interamericano, **pois é ela que estabelece os parâmetros interamericanos de proteção dos direitos humanos que devem ser seguidos pelos Estados**, quer como *res judicata* (Estados condenados) quer como *res interpretata* (terceiros Estados). (MAZZUOLI, 2022, p. 63, grifo nosso).

Apesar de incipiente no Brasil, o controle de convencionalidade é de suma importância, pois é o instrumento que confirma a importância dos tratados internacionais ratificados pelo país signatário. Caso não existisse uma forma de controlar os atos normativos do Estado signatário face ao pacto firmado, qual seria a eficácia prática de todo esse sistema internacional?

O tema "Controle de Convencionalidade" já foi ressaltado nos seguintes julgados no Brasil, dentre outros: prisão civil do depositário infiel (HC nº 87585/TO); violação dos direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro (ADP nº 347); políticas públicas de inserção das pessoas com deficiência (AgR/DF nº 860.979, STF); audiência de custódia (ADI nº 5.240SP, STF); e crime de desacato (RE nº 1.640.084/SP, STJ).

Percebe-se que tais julgados decorreram do controle de convencionalidade concentrado, exercido pelo STF, e difuso (aplicável a todos os órgãos).

Confirmando a importância dos tratados internacionais foi promulgada a Lei n.º 14.583/2023 e editadas as Recomendações números 123 e 96 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), respectivamente, recomendando o controle de convencionalidade na atuação respectiva, inclusive com observância da jurisprudência internacional (CNJ, 2022); (CNMP, 2023).

Assim, ao aplicarem/interpretarem a Súmula Vinculante n.º 56, o Ministério Público e o Poder Judiciário precisam se atentar ao efeito de sua atuação, tendo como baliza a jurisprudência da Corte IDH, bem como a própria Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil, que também prevê o direito humano à segurança pública.

Salienta-se que o Brasil também já foi condenado na CIDH por não dar a resposta estatal suficiente às vítimas de crimes que violaram direitos humanos nos seguintes casos: Ximenes Lopes (2006), Sétimo Garibaldi (2009), Escher e outros (2009), Gomes Lund e outros (2010), Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde (2016), Favela Nova Brasília (2017), Povo Indígena Xucuru e seus membros (2018), Herzog (2018), Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus (2020), Márcia Barbosa de Souza e outros (2021) e Sales Pimenta (2022) (MAZZUOLI; PIEDADE, 2023).

Portanto, soltar os condenados presos em estabelecimentos prisionais por falta de vaga também pode ensejar novas condenações por violação a direitos humanos das vítimas, visto que elas são detentoras de direitos tanto quanto os presos.

Ademais, o STF, no Recurso Extraordinário nº 641.320, não determinou a soltura em massa e indiscriminada, conforme jurisprudência a seguir.

> [...] 3. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como "colônia agrícola, industrial" (regime semiaberto) ou "casa de albergado ou estabelecimento adequado" (regime aberto) (art. 33, § 1º, *b* e *c*). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. 4. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada **de sentenciado** no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada **ao sentenciado** que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo **ao sentenciado** que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar **ao sentenciado.** (BRASIL, 2016a, grifo nosso).

A referida **súmula vinculante tem viés individual, e não coletivo**, porque em sua redação foi expresso "condenado" como sujeito singular. **Caso contrário, o próprio verbete estaria contrário** aos princípios da individualização da pena, ao direito constitucional à segurança pública **e à jurisprudência internacional sobre o tema da superpopulação carcerária, conforme casos anteriormente mencionados**.

Corroborando esse entendimento, ressalta-se a providência submetida ao CNJ no citado RE 641.320/RS, consistente no

> [...] projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos, com etapas e prazos de implementação, devendo o banco de dados conter informações suficientes para **identificar os mais próximos da progressão ou extinção da pena**. (ibidem, 2016a, grifo nosso).

Essa providência visa tentar criar uma logística para movimentação dos presos e adequação ao regime. Pensar de modo diverso significa dotar o entendimento jurisprudencial de um valor absoluto que não é conferido nem à lei.

O STJ, no Tema Repetitivo 993, também firmou a seguinte tese em relação à soltura em massa com fundamento na Súmula Vinculante n.º 56:

> A inexistência de estabelecimento penal adequado ao regime prisional determinado para o cumprimento da pena não autoriza a concessão imediata do benefício da prisão domiciliar, porquanto, nos termos da Súmula Vinculante nº 56, é imprescindível que a adoção de tal medida seja precedida das providências estabelecidas no julgamento do RE nº 641.320/RS, quais sejam:
>
> (i) saída antecipada de outro sentenciado no regime com falta de vagas, abrindo-se, assim, vagas para os reeducandos que acabaram de progredir;
>
> (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; e
>
> (iii) cumprimento de penas restritivas de direitos e/ou estudo aos sentenciados em regime aberto (BRASIL, 2019).

Por fim, numa pesquisa por amostragem realizada em consulta a processos judiciais em trâmite no Tribunal de Justiça de Minas Gerais[2], **dos 21 condenados agraciados com prisão domiciliar por falta de vagas** nos regimes fechado, semiaberto ou aberto na Comarca de Belo Horizonte/MG no primeiro semestre de 2023, **todos descumpriram as regras do benefício**, e, além disso, **21 praticaram novos delitos**.

O acesso aos processos pesquisados se deu em função da minha atuação como Analista, durante quatro anos na Promotoria da Execução Cri-

2 Os processos são estes: 0051298-71.2017.8.13.0301; 0103951-37.2015.8.13.0231; 4401559-70.2021.8.13.0231; 4140435-03.2007.8.13.0024; 0138071-09.2017.8.13.0079; 0063007-25.2017.8.13.0521; 0494047-74.2005.8.13.0231; 0087273-27.2016.8.13.0290; 0101302-02.2015.8.13.0231; 0050316-49.2012.8.13.0231; 4400730-60.2019.8.13.0231; 0349336-83.2003.8.13.0024; 4400485-44.2022.8.13.0231; 0962805-25.2018.8.13.0024; 4400934-36.2021.8.13.0231; 0205870-69.2017.8.13.0079; 4400045-53.2019.8.13.0231; 0296976-20.2012.8.13.0231; 0031263-69.2017.8.13.0114; 0268825-10.2017.8.13.0024; e 4402781-83.2019.8.13.0024.

minal e se referem a autos para os quais elaborei minutas de pareceres, em razão da abertura de vista ao Ministério Público.

Ressalta-se que a pesquisa comprova que a concessão indiscriminada e massiva da prisão domiciliar por falta de estabelecimento prisional denota um radicalismo incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Ainda na linha da efetivação de políticas públicas em relação ao sistema carcerário brasileiro, o STF o julgou recentemente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 reconhecendo, mais uma vez, o "estado inconstitucional de coisas" sobre o assunto e determinando, dentre outras providências, que o magistrado leve em conta o quadro prisional do estado no momento da concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante a execução penal.

Em suma, mais uma vez o Poder Judiciário tem concedido maior importância ao direito do preso se esquecendo, *data maxima vênia*, que o Estado no exercício do *jus puniendi* cuida de direito indisponível.

Destarte, é imprescindível salientar o ensinamento do nobre doutrinador Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2016):

> Tanto o discurso que se intitula politicamente correto (a prisão não recupera), quanto o discurso que prega tolerância zero (ignorando que grande parcela do aumento da criminalidade está na omissão do Poder Político e das outras esferas de controle social), impedem o bom senso, a racionalidade e uma Política conciliatória que deveriam nortear o tema. [...] A busca de uma Política Criminal de temperança, moldada pelo bom senso e racionalmente apta a atender as diferentes formas de criminalidade, somente se inicia com o conhecimento desse contexto contemporâneo: o do mundo pós-moderno, pós-industrial e globalizado. [...] O grande desafio da atualidade é, portanto, construir a legitimidade de um Direito Penal que pretende tutelar bens transindividuais e, simultaneamente, combater a criminalidade de massa, o terrorismo, as organizações criminosas e o crime de colarinho branco, isto é, conciliar modelos eficientes e eficazes de enfrentamento da criminalidade organizada transnacional com os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito. [...] **Os argumentos nascidos da falsa cisão entre laxismo e rigorismo, entre busca da liberdade e da segurança coletiva levam a extremos indesejados** e que não representam a moral média coletiva. [...] **Esta dicotomia não pode continuar a ser vista como reciprocidade excludente, mas necessita ser encarada como complementar, para empregar a concepção de Bobbio, uma vez que ambos os modelos implicam a estabilidade e respeito à ordem legal estabelecida no Estado Democrático de Direito.** [...] **Desse sensível equilíbrio surge o estado de paz e temperança, um contraponto necessário à emergência.** Nesta mesma linha, a OST apresenta, comparando o tempo pós-moderno, uma síntese do que se vê nos hábitos, costumes, tomadas de decisões, inclusive na Política Criminal que, com precisão, nomina de "ucronia". (MORAES, 2016, p. 224-225, grifo nosso).

O doutrinador Virgílio Afonso da Silva (2010), por sua vez, também enfatiza a importância da ação racional na proteção dos direitos fundamentais na obra "Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia":

> A distinção entre normas de eficácia plena e contida perdem a razão de ser, porque todos os direitos fundamentais são restringíveis. A classificação de José Afonso da Silva teve o inegável mérito de romper com a concepção de norma constitucional despida de qualquer eficácia, mas é preciso ir além. [...] **a postura mais adequada parece ser aquela que se disponha a um desenvolvimento e uma proteção dos direitos fundamentais baseados nem na omissão nem na ação isolada e irracional**, mas a partir de um diálogo constitucional fundado nessas premissas de comunicação intersubjetiva entre os poderes estatais e a comunidade. (SILVA, 2010, n.p. grifo nosso).

A importância de se ponderar as consequências da decisão judicial também está expressa no artigo 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro:

> Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos **sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão**. (BRASIL, 2018, grifo nosso).

Destaca-se que o **princípio da proibição de proteção insuficiente – segundo o qual o Estado tem o dever de proteger os indivíduos de ataques de terceiros** – também necessita ponderação. Conforme André de Carvalho Ramos, "o princípio da vedação da proteção deficiente na esfera criminal é fundado implicitamente no próprio dispositivo constitucional que trata do Estado Democrático de Direito e de seu dever de promover a dignidade da pessoa humana (art. 1º, caput, e inciso III da CF88) [...]" (RAMOS, 2018, n.p.).

Assim já entendeu o STF, ao julgar o *Habeas Corpus* n.º 106.163:

> Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). **Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam, não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos em proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela** (Untermassverbote)." (BRASIL, 2012, grifo nosso).

Neste contexto, de se indagar qual seria a solução, já que ela não passa pelo encarceramento em massa, tampouco pela soltura de presos ao arrepio das leis e ou tratados regidos pelo direito indisponível de punir do Estado.

Acredito que, talvez, a resolução da questão passe principalmente pela transferência da competência da gestão dos presídios ao Governo Federal, o qual é o maior detentor de recursos públicos; ou então, ao menos, a construção de uma penitenciária federal em cada Estado da Federação.

Nesse sentido, estão em trâmite no Congresso Nacional três projetos de Emenda Constitucional sobre o tema: PECs nº 318, 323 e 329, cujo principal ponto é estabelecer a competência da União para organizar e manter o sistema penitenciário. A experiência nacional das cinco penitenciárias federais já existentes comprova que o sistema é positivo, por ser referência nos quesitos disciplina (nunca houve rebelião) e assistência aos presos.

Por fim, como bem salientado pelo pesquisador Pery Francisco Assis Shikida, "quando as travas morais, família; religião e escola falham o Estado não pode falhar na repressão ao crime."[3] Assim, é manifesta a inadequação do desencarceramento de forma generalizada.

5 - CONCLUSÃO

O objetivo deste ensaio foi alertar para a necessidade de cumprir o direito indisponível de punir e o direito constitucional/humano à segurança pública, inclusive à luz dos tratados e jurisprudência internacionais.

Existe desinteresse político secular sobre a questão da superpopulação carcerária, talvez por ser o Direito Penal brasileiro seletivo, e na tentativa de minimizar o problema o Poder Judiciário cria metas e edita súmulas, inclusive com recomendação da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Todavia, a previsão de regimes específicos sem políticas públicas efetivas e uniformes para construção, organização e manutenção dos estabelecimentos prisionais causa o estado de coisas inconstitucional tanto em relação aos presos quanto para a sociedade, que vivencia grave violação à segurança pública. Insta salientar que este direito também tem natureza jurídica de direito humano, fundamental e social.

Ressalta-se que a superpopulação carcerária é uma situação que também envolve a observância dos precedentes judiciários internacionais, visto que a Corte IDH, em suas decisões, não se afasta da necessária proteção eficiente à sociedade envolvida.

Ademais, o problema da superpopulação carcerária é responsabilidade não somente do Poder Judiciário, mas antes de todos os poderes e instituições envolvidas no tema da segurança pública.

Por todo exposto, o controle de convencionalidade no momento da aplicação da Súmula Vinculante n.º 56 é imprescindível porque, após a sua edição, passou-se a conceder menos importância aos direitos fundamentais da segurança pública, liberdade e vida das demais pessoas que também são titulares de direitos, assim como os presos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 27 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 123**, **de 7 de janeiro de 2022.** Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ed. 7/2022. Brasília, 11 jan. 2022. Disponível em: https://sistemas.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/70645/RECOMENDA%c3%87%c3%83O%20CNJ%20N.%20123%2c%20DE%207%20DE%20JANEIRO%20DE%202022.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 21 abr. 2024.

3 Manifestação do professor Pery Francisco Assis Shikida, na disciplina Economia do Crime, ministrada no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* Ciências Criminas na Visão do Ministério Público, CEAF – MPMG, em 3 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Recomendação nº 96, de 28 de fevereiro de 2023. Recomenda aos ramos e às unidades do Ministério Público a observância dos tratados, convenções e protocolos internacionais de direitos humanos, das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos; e dá outras providências. **Diário Eletrônico do CNMP**, Caderno Processual, p. 1 - 4, edição de 1º mar. 2023. Disponível em https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e- normas/norma/9675/. Acesso em: 21 abr. 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 nov. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm. Acesso em: 21 abr. 2024.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 nov. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 21 abr. 2024.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 jul. 1984. Disponível em: L7210 (planalto.gov.br). Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Lei n.º 14.583, de 16 de maio de 2023 Dispõe sobre a difusão por órgãos públicos dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, especialmente os que tratam de mulheres, crianças, adolescentes e idosos. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 maio 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14583.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2014.583%2C%20DE%2016,%2C%20crian%C3%A7as%2C%20adolescentes%20e%20idosos. Acesso em: 31 maio 2023.

BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Sistema penitenciário federal**. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/SPF. Acesso em: 22 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.640.084 – SP (2016/0032106-0)**. Recorrente: Alex Carlos Gomes. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Brasília, S.d. Disponível em: https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RECURSO%20ESPE CIAL%20N%C2%BA%20 1640084.pdf. Acesso em: 23 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema Repetitivo 993**. (Im)possibilidade de concessão da prisão domiciliar, como primeira opção, sem prévia observância dos parâmetros traçados no RE 641.320/RS. Situação. Trânsito em julgado. Órgão Julgador. 3 ª Seção. Publicação 13.09.2019, Brasília, DF, 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=tr ue&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=993&cod_tema_final=993. Acesso em: 24 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.240 São Paulo**. Relator: Ministro Luiz Fux, Brasília, 20 de agosto de 2015a. Disponível em https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=-TP&docID=10167333 #:~:text=ADI%205240%20%2F%20SP,-categoria%20dos%20Delegados&text=10.-,A%20pertin%C3%AAncia%20tem%C3%A1tica%20entre%20os%20objetivos%20da%20associa%C3%A7%C3%A3o%20autora%20e,apresenta%C3%A7%C3%A3o%20 do%20preso%20em%20Ju%C3%ADzo. Acesso em: 24 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 860.979**. Agravante: Distrito Federal. Agravados: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, 14 de abril de 2015b. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8362463. Acesso em: 24 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* nº 106.163-RJ**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, 6 de março de 2012. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp (art. Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento do RE paradigma da súmula vinculante 56 no STF**. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=HZtJ_GOMJpA&list=PLippyY19Z47ucy9Io9KaoEZ8z8_snOwYl. Acesso em: 24 abr. 2024. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 641.320. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Luciano da Silva Moraes. *Amicus Curiae*: Instituo de Defesa do Direito de Defesa e Defensoria Pública da União. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, 11 de maio de 2016.

DJE 159 de 01 de agosto de 2016, tema 423. **Lex**: Aplicação das Súmulas no STF. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp (art.
Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 56. A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS. *In*: _____. **Súmulas**. Brasília: DJe nº 165 de 08/08/2016, p. 1. DOU de 08/08/2016, p. 1. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula815/false. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRITO, Cristiano Valle. **Superlotação na unidade prisional Plácido de Sá Carvalho e suas consequências internacionais**. JusBrasil. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2022. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/superlotacao-na-unidade-prisional-placido-de-sa-carvalho-e-suas-consequencias- internacionais/1675584679. Acesso em: 13 abr. 2024.

CARPES, Bruno Amorim. **O mito do encarceramento em massa**. São Paulo: Educação Direito, 2021, p. 36-7, 62-63.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 28 de novembro de 2018: Medidas provisórias a respeito do Brasil. **Assunto do Complexo Penitenciário de Curado**. S. n. 2018a. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf. Acesso em: 12 abr. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 07 de julho de 2004: Medidas provisórias a respeito da República Federativa do Brasil. **Caso Penitenciária Urso Branco**. S. n. 2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_04_portugues.pdf. Acesso em: 12 abr. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 25 de novembro de 2008: Medidas provisórias a respeito do Brasil. **Assunto das crianças e adolescentes privados de liberdade no "Complexo do Tatuapé" da Fundação CASA**. S. n. 2008a. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/febem_se_06_por.pdf. Acesso em: 13 abr. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 31 de agosto de 2017: Medidas provisórias a respeito do Brasil. **Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho**. S. n. 2017a. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_ se_02_por.pdf. Acesso em: 13 abr. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 15 de novembro de 2017: Medidas provisórias a respeito da República Federativa do Brasil. **Assunto da Unidade de Internação Socioeducativa**. S. n. 2017b. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/socioeducativa_se_10_por.pdf. Acesso em: 13 abr. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de outubro de 2019: Medidas provisórias a respeito do Brasil. **Assunto do Complexo Penitenciário de Pedrinhas**. S. n. 2018b. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_03_por.pdf. Acesso em: 13 abr. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução da Presidenta da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 10 de junho de 2008: Medidas provisórias a respeito do Brasil. **A favor das pessoas privadas de liberdade na Penitenciária "Dr. Sebastião Martins Silveira" em Araraquara, São Paulo**. S. n. 2008b. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/araraquara_se_04_por.pdf. Acesso em: 13 abr. 2024.

CRUZ, Jaíne Quele. **Chacina no Urso Branco, maior tragédia carcerária de Rondônia, completa 20 anos**. G1. RO. 01 jan. 2022. Disponível em: https://g1.globo.com/ro/rondonia/noticia/2022/01/01/chacina-no-urso-branco-maior- tragedia-carceraria-de-rondonia-completa-20-anos.ghtml. Acesso em: 13 abr. 2024.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira *et al*. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 131.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira**. Curso de Direitos Humanos**. 10. ed. São Paulo: Método, 2024. p. 147.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; PIEDADE, Antônio Sérgio Cordeiro. Punir como standard de Direitos Humanos: centralidade de proteção das vítimas no Direito Internacional dos Direitos Humanos e no Processo Penal brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 90, out/dez. 2023. p. 169-195. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/178307/punir_standard_direitos_mazzuoli_MPRJ_ABERTO.pdf. Acesso em: 13 abr. 2024.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida. **Direito Penal racional**: propostas para a construção de uma teoria da legislação e para uma atuação criminal preventiva. 22. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2016. p. 224-225.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório n.º 34/00**, Caso 11.291, Carandiru, Brasil, 13 de abril de 2000. Disponível em: https://cidh.oas.org/annualrep/99port/Brasil11291.htm. Acesso em: 13 abr. 2024.

RAMOS, André Carvalho de. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

COLABORAÇÃO PREMIADA: CONTROLE JUDICIAL E O ALCANCE DO JUÍZO DE DELIBAÇÃO

LAURA MARIA MACHADO COSTA

COLABORAÇÃO PREMIADA: CONTROLE JUDICIAL E O ALCANCE DO JUÍZO DE DELIBAÇÃO

LAURA MARIA MACHADO COSTA

PROFESSOR ORIENTADOR: ROGÉRIO FILIPPETTO DE OLIVEIRA

RESUMO: O principal escopo desta pesquisa é analisar os limites do controle judicial no exame das condições de validade do acordo de colaboração premiada para fins de concessão de eficácia ao acordo. No intuito de alcançar a finalidade proposta, inicia-se o estudo do instituto e sua natureza jurídica, frente à sindicabilidade judicial do acordo na fase homologatória, passando-se pelas noções de eficácia e efetividade da colaboração premiada, bem como pela análise judicial efetiva sobre a adequação dos benefícios pactuados e dos resultados projetados pelo juízo homologatório, dentre outros requisitos. Além disso, aborda-se o decidido pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da QO Pet. 7074/DF, cujos reflexos, com frequência, são discutidos pelos próprios integrantes da Corte a cada julgamento que debate os limites do papel do julgador. Procura-se, ainda, compreender o tratamento dado ao assunto no direito estadunidense e no italiano, comparando-os com o regramento de amparo à justiça premial no Brasil. Por fim, adentra-se nos poderes negociais do órgão de acusação e seus contornos, frente ao sistema acusatório, bem como as formas de controle das decisões relacionadas à negociação. O estudo foi desenvolvido com metodologia jurídico-teórica e raciocínio dedutivo, com a técnica da pesquisa jurídica – propositiva, assentada em levantamento bibliográfico e documental, com consulta às normas jurídicas e a julgados. Concluiu-se que o acordo de colaboração premiada seria apenas uma proposta de sentença a ser modelada ao término do processo, momento em que seria possível ao julgador aferir, de fato, a eficácia da colaboração prestada, e não na fase de homologação da avença, em que a discordância poderia submeter-se ao controle interno do órgão de acusação, *ex vi* do art. 28 do Código de Processo Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Colaboração Premiada. Controle Judicial. Sistema Acusatório.

ABSTRACT: This work has as it's main scope to analyze the judicial control limits in examining the validity conditions of the awarded collaboration agreement for the purposes of granting effectiveness to the agreement. In order to achieve the proposed purpose, the study begins with the legal nature of the institute, given the judicial syndication of the agreement in the approval phase, including the notions of efficiency and effectiveness of awarded collaboration, as well as impossibility of effective judicial analysis of the adequacy of the agreed benefits and the results projected by the ratifying court, among others. Additionally, it is sought to understand the national norms that deal with the subject, which constitute rules to support pretrial justice. In addition, this work consider what was decided by the brazilian Supreme Court, on the occasion of the judgment of the QO Pet. 7074/DF, whose reflections are often iteratively discussed by the members of the Court themselves at each trial that debates the limits of the judge's role. With the aim of seeking to understand the treatment given to the subject in other in other legal systems, the reserch goes into the italian and the american law, comparing them with the rules supporting pretrial justice in Brazil. Finally, the research goes into the negotiating powers of the prosecuter and its contours, in relation to the accusatory system, as well as the forms of control of decisions related to negotiation. The study was developed with legal-theoretical methodology and deductive reasoning, with the propositional research technique, based on a bibliographical and documentary survey, with reference to the legal norms and judgments. It was concluded that the awarded collaboration agreement would only be a proposal of a sentence to be modeled at the end of the legal action, at which point it would be possible for the judge to actually assess the effectiveness of the collaboration provided, and not at the stage of approval of the agreement, in which the disagreement should be submitted to the internal control of the prosecution body, *ex vi* of art. 28 of the brazilian Criminal Procedure Code.

KEYWORDS: Awarded Collaboration. Judicial Control. Accusatory System.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS:

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade AgRg – Agravo Regimental
ANPP – Acordo de Não Persecução Penal ARE – Recurso Extraordinário com Agravo art. – Artigo
AO – Ação Originária
CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos CR/88 – Constituição da República de 1988
des. – Desembargador
CPP – Código de Processo Penal DOJ – Departament Of Justice
DPA – Deferred Prosecution Agreement EDcl – Embargos de Declaração
GAECO – Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado HC – *Habeas Corpus*
IN – Instrução Normativa Min. – Ministro
MPMG – Ministério Público do Estado de Minas Gerais nº. – Número
NPA – Non Prosecution Agreement ONU – Organização das Nações Unidas Pet – Petição
p. – Página PR – Paraná
QO – Questão de Ordem REsp – Recurso Especial RJ – Rio de Janeiro
RHC – Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*
RS – Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO 176

2 - NATUREZA JURÍDICA DA COLABORAÇÃO PREMIADA 177

2.1 - COLABORAÇÃO COMO NEGÓCIO JURÍDICO 178

2.2 - COLABORAÇÃO COMO MEIO DE PRODUÇÃO DE PROVA 179

3 - REQUISITOS DO ACORDO PREVISTO NA LEI N.° 12.850/2013 180

3.1 - REGULARIDADE 181

3.2 - LEGALIDADE 182

3.3 - VOLUNTARIEDADE 184

3.4 - ADEQUAÇÃO DOS BENEFÍCIOS E DOS RESULTADOS – PACOTE ANTICRIME 186

4 - MODELOS DE CONTROLE JUDICIAL DA JUSTIÇA PREMIAL 187

4.1 - NO DIREITO ITALIANO – CIVIL LAW 188

4.2 - NO DIREITO ESTADUNIDENSE – COMMON LAW 191

5 - COLABORAÇÃO PREMIADA NO SISTEMA ACUSATÓRIO 193

5.1 - DISCRICIONARIEDADE REGRADA DO MINISTÉRIO PÚBLICO 194

5.2 - CONTROLE INTERNO DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO 196

6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS 198

REFERÊNCIAS 199

1 - INTRODUÇÃO

Presente no cenário nacional desde a década de 70 do século passado, a criminalidade organizada intensificou-se a partir do século XXI, com a globalização, a ascensão da tecnologia e seu uso amplo, tanto na comunicação quanto na difusão de informações. Nesse contexto, surge o instituto da colaboração premiada, com apoio de grande parte da população às investigações, sobretudo porque, ao trazerem ao conhecimento das autoridades crimes que antes se encontravam desconhecidos, praticados por agentes supostamente inalcançáveis pelo Estado, reduzem a sensação de impunidade que assola a sociedade brasileira, em especial quanto aos atos criminosos que geram significativo prejuízo ao erário.

Essa posição de valorização do instituto tem ecoado no Supremo Tribunal Federal, que vem, de forma recorrente, proferindo decisões de forma a respeitar o pactuado, sem imiscuir em seu conteúdo, não cabendo ao julgador o lugar das partes na realização do juízo de conveniência e oportunidade do acordo, o qual se relaciona com critérios de estratégia acusatória e investigativa.

Porém, para fins do presente trabalho, interessam especialmente os limites de discricionariedade do Ministério Público para negociar frente à delimitação da cognição do controle judicial, na análise dos balizadores para homologação da colaboração premiada, mormente quando o acordo é proposto na fase investigatória.

O objetivo geral da pesquisa é verificar os limites do controle judicial no exame das condições de validade do acordo de colaboração premiada para fins de concessão de eficácia ao acordo.

Quanto aos objetivos específicos, busca-se apresentar a impossibilidade de análise judicial efetiva sobre a adequação dos benefícios pactuados e dos resultados projetados pelo juízo homologatório, analisar aspectos da discricionariedade tecnicamente vinculada do juízo homologatório, em observância ao sistema acusatório, analisar os aspectos do controle judicial na justiça penal negocial à luz do ordenamento jurídico brasileiro e indicar a existência de mecanismos de controle já previstos no ordenamento jurídico brasileiro, destinados a evitar abusos.

Nessa ótica, construiu-se a seguinte questão: considerando os requisitos de existência e validade da colaboração premiada, indicados na Lei nº. 12.850/2013, especialmente com as alterações inseridas pela Lei nº. 13.964/19, indaga-se se, no exercício do dever de analisar sua adequação, o juízo homologatório poderia culminar em um exame de mérito do acordo, desprestigiando o sistema acusatório.

Com a finalidade de se atingir solução à referida pergunta, utiliza-se a abordagem jurídico-teórica, com a técnica da pesquisa exploratória assentada em levantamento bibliográfico e documental (artigos científicos divulgados em meio eletrônico), bem como em consulta às normas jurídicas e aos sítios eletrônicos de jurisprudência.

O tema é trabalhado em quatro capítulos: nos capítulos iniciais, aborda-se o aporte teórico necessário para a melhor compreensão do assunto de forma interdisciplinar; e o capítulo final e a conclusão são utilizados para a tentativa de resposta à questão proposta.

Dessa maneira, no capítulo 2 aborda-se a dupla configuração do instituto, não sendo apenas elemento da justiça criminal negocial, mas sim multifacetado, que abrange negociação e meio de prova.

O caráter do capítulo 3 é jus normativo. Primeiramente, discorre-se sobre aferição do preenchimento dos requisitos do §4º do art. 7º da Lei nº. 12.850/2013, ou seja, analisam-se os elementos de controle do negócio jurídico para dotá-lo de eficácia. Nesse item, aborda-se o controle judicial dos acordos de colaboração premiada, na fase homologatória, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Agravo Regimental Pet 7074, utilizado como chave de leitura (marco teórico) na presente pesquisa.

Na mencionada decisão, firmou-se o entendimento de que o juízo sobre os termos do acordo de colaboração, seu cumprimento e sua eficácia, conforme preceitua o art. 4º, § 11, da Lei n. 12.850/2013, dá-se por ocasião da prolação da sentença, não se impondo na fase homologatória tal exame previsto pela lei como controle jurisdicional diferido, sob pena de malferir a norma prevista no § 6º do art. 4º da referida Lei n. 12.850/2013.

No capítulo 4, aborda-se o tratamento dado ao assunto no direito estadunidense e no italiano, comparando-os com o regramento de amparo à justiça premial no Brasil.

E no capítulo 5 abordam-se os poderes do Ministério Público brasileiro na persecução penal, podendo presidir as investigações, de modo a conduzir as negociações. Ainda, analisam- se as possibilidades de controle interno a ser exercido pelo órgão ministerial sobre os acordos de colaboração.

Por fim, na conclusão, a partir da retomada da argumentação empregada, sistematizam- se as reflexões operadas por meio do presente trabalho.

Nesse contexto, a intenção da pesquisa é demonstrar a importância da discussão das questões que envolvem o controle judicial do acordo de colaboração premiada, prestigiando a limitação do juízo de delibação, sob pena de, além de esvaziar o instituto, desestimular sua utilização, em detrimento de um processo penal eficiente e democrático no combate à criminalidade organizada.

2 - NATUREZA JURÍDICA DA COLABORAÇÃO PREMIADA

A busca da verdade, orientada por um processo de reconstrução histórica dos fatos pretéritos, apresenta diferentes formas de manifestação, subdividindo-se em verdade material ou real, isto é, aquela que, motivada pelo interesse público, descortina os fatos tal como ocorreram e não como as partes desejam demonstrar; e formal ou processual, entendida como a reprodução jurídica do fato, exaurindo-se nas provas e manifestações trazidas aos autos pelas partes.

Da confrontação do processo civil e do penal, decorre a necessidade de distinguir verdade real/material e verdade formal, já que naquela impera o *quod non est in actis non est in mundo*, enquanto nesta, por estarem em jogo bens jurídicos tutelados de especial relevância, como a liberdade e o *jus puniendi* do Estado, a matéria probatória é mais ampla, insubstituível para se infirmar a culpabilidade dos agentes (FILIPPETTO; ROCHA, 2017, p. 134).

Contudo, justamente por existirem, no processo penal brasileiro, dispositivos que se aproximam da lógica do sistema inquisitório, como o art. 156[1], é preciso cautela para não cruzar a linha que divide tais modelos na utilização da colaboração premiada como meio de obtenção de prova e instituto negocial no âmbito da justiça criminal, advindo de uma especialização legal para a eficiência persecutória da criminalidade organizada, tendo-se como vetor a verdade real.

E a cautela deve se voltar a nenhuma participação do julgador na negociação e ao menor controle judicial sobre o acordo submetido à negociação, bem como a atenta análise das provas de corroboração produzidas pelo próprio órgão de acusação, não podendo uma sentença voltada apenas ao depoimento prestado pelo colaborador, o que ficou expresso na Lei 12.850/2013, com o advento do Pacote Anticrime.

Assim, inserida no ordenamento jurídico pátrio como instrumento necessário e eficaz à busca da mencionada verdade, em sua concepção real ou material, mormente porque no contexto das organizações criminosas vigora entre seus integrantes a "lei do silêncio", a colaboração premiada tem como objetivo o ingresso cognitivo dos órgãos de persecução penal na atuação estruturada, orquestrada pelo grupo criminoso.

Assim, a colaboração premiada não configura apenas elemento da justiça criminal negocial, mas sim instituto multifacetado, que abrange negociação e acordo, pesquisa de prova, meio de prova e elemento de prova, se considerada a confissão do colaborador e suas declarações em juízo.

Inicialmente, a natureza dos acordos de colaboração foi definida na jurisprudência, tendo o Supremo Tribunal Federal, no HC n.º 127483/PR, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, assentado que:

> [...] A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como "meio de obtenção de prova", seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. (BRASIL, 2022a).

Reconhecendo ser a colaboração premiada uma via para obtenção de benefícios para o colaborador, mediante acordo (negócio jurídico

1 Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:
I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

processual), tendo como resultado o fortalecimento da acusação (meio de obtenção de prova), o Pacote Anticrime, consubstanciado na Lei nº. 13.964/2019, introduziu o art. 3º-A na Lei nº. 12.850/2013, definindo, de forma clara, que "o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos".

Assim, importante verificar cada aspecto dessa dualidade na natureza da colaboração premiada, para melhor compreensão dos limites da discricionariedade em seus termos e do controle judicial sobre eles.

2.1 - COLABORAÇÃO COMO NEGÓCIO JURÍDICO

Um dos aspectos da colaboração premiada é o fato de ter natureza de negócio jurídico que se firma entre ambas as partes interessadas, gerando direitos e obrigações entre as partes celebrantes, o que o distingue, inclusive, do instituto da delação premiada, prevista em diversos dispositivos no ordenamento jurídico brasileiro, já que esta é ato apenas do acusado, a exemplo do art. 1º, §5º, da Lei nº. 9.613/1998, que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, e do art. 14 da Lei nº. 9.807/99, que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas.

Cabe salientar, contudo, que o instituto da colaboração premiada não se confunde com o próprio acordo nele inserido, materializado por termo escrito, de acordo com o art. 6º da Lei nº. 12.850/2013; isso porque não pode ser assimilado ou resumido a um mero ajuste bilateral formalizado ou negócio jurídico, já que esses, como explanado por Pereira (2020, p. 128), "são os atributos do acordo enquanto mero ato da colaboração, mas não das diversas etapas da colaboração premiada".

A colaboração, entendida então como negócio jurídico bilateral, oneroso, assim o é porque, na contraposição de interesses, a acusação renuncia à possibilidade de obtenção de uma condenação mais severa – ou até mesmo ao oferecimento de denúncia, *ex vi* do §14º do art. 4º da Lei nº. 12.850/2013 –, e o acusado/investigado, no ato de colaborar efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, produzindo resultados, renuncia, na presença de seu defensor, à vedação à autoincriminação, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, conforme consta no Informativo 796 de 2015, firmou entendimento acerca dos requisitos para atestar a validade do negócio jurídico compreendido na colaboração premiada, quais sejam: "1) a declaração de vontade do colaborador for a) resultante de um processo volitivo; b) querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com liberdade e d) deliberada sem má-fé; e 2) o seu objeto for lícito, possível, determinado ou determinável"[2]. (BRASIL, 2015).

À colaboração, devem-se aplicar, então, também institutos comuns à negociação de sentença criminal, ou seja, além da obrigatoriedade de cumprimento daquilo que fora estabelecido, mas ainda a voluntariedade e a compreensão de seus termos.

Destarte, considerando a natureza de negócio jurídico personalíssimo, há que ser consideradas algumas situações decorrentes dessa conceituação dos acordos de colaboração, como a impossibilidade de impugnação de seus termos por coautor ou partícipe do crime, a não ser que seja caso de homologação sem respeito à prerrogativa de foro, o eventual descumprimento de acordo anterior não invalidar pacto atual e o acordo de colaboração poder dispor sobre efeitos extrapenais de natureza material da condenação (MASSON; MARÇAL, 2021, p. 179).

Importante ressaltar que negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que, atendidos os pressupostos de existência, validade e eficácia, gerará efeitos; no entanto, com relação à colaboração premiada, estamos diante de um negócio jurídico de caráter processual.

Assim, tratando-se a colaboração premiada de um negócio jurídico processual, uma vez que seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, caberá ao juiz, no ato de homologação (decisão de natureza declaratória), em um juízo de prelibação, afastado da cognição sobre o mérito, reconhecer que

2 Excertos do Informativo 796 STF, de 24 a 28 de agosto de 2015.

o acordo (ato negocial) está formalmente perfeito e a vontade das partes foi manifestada de modo regular, conferindo-lhe eficácia.

Tal controle, repise-se, horizontal, também se justifica em razão da característica multifacetada da colaboração premiada que, embora entendida como negócio processual, não afeta apenas o direito processual penal, mas também o direito material, no que tange às sanções premiais.

Entretanto tais efeitos não são específicos do instituto da colaboração, já que a delação premiada prevista em diversos dispositivos legais no ordenamento jurídico brasileiro tem como objetivo isentar ou atenuar a pena do delator, independentemente da existência de negociação com o Ministério Público, constituindo elemento de prova. Mesmo nesse último ponto, em se tratando da sua natureza jurídica de meio de produção de prova, o instituto da colaboração premiada tem suas especificidades, como será exposto a seguir.

2.2 - COLABORAÇÃO COMO MEIO DE PRODUÇÃO DE PROVA

De início, há que ser compreendida a distinção entre fonte de prova, meio de prova e meio de obtenção de prova, este último integrando a natureza jurídica da colaboração premiada. Fonte de prova é o que fornece resultado apreciável para a decisão judicial, logo seriam,

por exemplo, um arquivo digital ou uma pessoa da qual se poderá obter informações relevantes ao processo; enquanto o meio de prova é o acesso a esta informação – documental, digital, depoimentos, dentre outros. Já o meio de obtenção de prova trata-se do caminho, do modo de acesso aos meios de prova, sejam pessoais, sejam reais.

Na Lei nº. 12.850/2013, estão identificados diversos meios de obtenção de prova, como a figura do agente infiltrado (art. 10) e da colaboração premiada (art. 3º-A), enquanto no Código de Processo Penal brasileiro, há disposição sobre a medida de busca e apreensão no título VII, que trata das provas, e no título I, juntamente com outros meios de prova, nas disposições sobre o juiz das garantias, introduzido pelo Pacote Anticrime,

Assim, trata-se a colaboração premiada de meio de produção de prova específico, como defendido por Filippetto e Rocha (2017, p. 135):

> [...] como as demais espécies desse gênero, não se presta a ser usada para a prova de outras modalidades delituosas, senão aquelas enfeixadas na Lei de Crime Organizado. Muito embora se deva reconhecer que o procedimento previsto na Lei 12.850/2013 estabelece um rito a ser seguido nos demais casos onde se prevê a colaboração, como acontece com a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98, art. 1º, §5º).

Contudo, com relação ao entendimento de que a colaboração seria meio de prova específico, cabe pontuar que o Superior Tribunal de Justiça, no HC 582678/RJ, em julgado publicado em 21 de junho de 2022, decidiu que não só os crimes praticados por organização criminosa são capazes de gerar o benefício da colaboração, considerando que "[...] não há como desconsiderar a hipótese de que o *dominus litis* forme nova convicção, ou que elementos de prova supervenientes lastreiem futura acusação pelo crime de organização criminosa". De qualquer forma, o instituto, de fato, está previsto em legislação especial.

Saliente-se que as meras declarações, prestadas por força do acordo de colaboração premiada, são inábeis para se chegar a um resultado condenatório, ou até mesmo para decretação de medidas cautelares pessoais ou reais e recebimento da denúncia, consoante o disposto no §16 do art. 4º da Lei nº. 12.850/2013, já que não constituem, por si só, resultado probatório.

Ainda, o art. 3º-C, §3º, da Lei 12.850/13, introduzido pelo Pacote Anticrime, vedou expressamente a delação de fatos que não tenham contado com a participação direta do delator, ou seja, a denominada em muitos julgados do STJ, como no do EDcl no AgRg no AREsp 2.359.066, de *hearsay testimony*, referindo-se àquela pessoa que não viu ou presenciou o fato e tampouco teve contato direto com o que estava ocorrendo, mas tão somente ouviu a respeito por meio de terceiros.

Importante destacar, todavia, que, assim como no sentido jurídico da categoria no Direito norte-americano, de onde ele supostamente teria sido extraído, tal espécie de testemunha não é proibida no ordenamento brasileiro, de modo geral, apenas necessitam de confirmação e indi-

cação da fonte direta, como bem pontuado por Suxberger (2024, p. 7):

> [...] a regra geral que impõe a exclusão de *hearsay* não deriva da falta de credibilidade da declaração que se distancia da fonte pela qual o declarante tomou conhecimento do que afirma. A razão é outra: trata-se de limitação de produção de prova oral que deriva da dificuldade de confronto quanto ao fato trazido pelo *hearsay*. Afastando-se o risco de que se trate de declaração inventada, criada ou carente de embasamento, tal como ocorre no Direito brasileiro, é admissível e, mais, é digno de credibilidade o relato trazido por testemunha que diz sobre fato de que tomou conhecimento por ouvir dizer.

É preciso compreender, então, que as obrigações assumidas pelo colaborador vão além de prestar declarações sobre fatos "ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados", mas também auxiliar nas investigações, identificando autores, coautores e partícipes, revelando a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas das organizações criminosas, indicar o produto e/ou o proveito das infrações penais, para recuperá-lo, fornecer documentos, papéis e escritos, fotografias, bancos de dados, arquivos eletrônicos, senhas de e- mails de que disponha, quer sob a guarda de terceiros sob suas ordens, e outras provas materiais acerca dos delitos afetos à colaboração, sem mencionar o dever de sigilo sobre o conteúdo da colaboração (confidencialidade) e de renúncia à garantia contra a autoincriminação e ao direito ao silêncio.

Tanto é assim que consta na Orientação Conjunta n.º 01/2018 do Ministério Público Federal, da 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção, que cada termo próprio (anexo) de colaboração deverá relacionar-se com cada fato típico ou conjunto de fatos ligados, devendo a defesa "instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração" e, ainda:

> [...] 14. Desde o início das tratativas, o Membro do Ministério Público Federal deve se preocupar em analisar se os fatos apresentados pelo colaborador estão suficientemente corroborados por outros elementos probatórios, inclusive externos e em poder de terceiros, ou se serão passíveis de corroboração, tendo em vista as técnicas de investigação normalmente desenvolvidas, observando-se o disposto no art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013. (BRASIL, 2018a).

Assim, realizado o termo de recebimento da proposta, além do termo de confidencialidade e, por fim, terminadas as tratativas com a assinatura do acordo, precedido ou não de instrução, o que se levará ao conhecimento do juiz para homologação (ou não) é tão somente a aprovação da negociação, nos aspectos da regularidade, voluntariedade e legalidade, não podendo o magistrado imiscuir-se no conteúdo das declarações do delator.

Tal se justifica, inclusive, pelo fato de que o objeto do acordo homologado não configura, por si só, a própria prova em si. Esta sim, compreendida como de corroboração das delações, será submetida ao contraditório, garantida a ampla defesa, e apreciada na decisão final, submetida a controle judicial vertical, já que se verificarão o seu conteúdo e os resultados efetivamente produzidos.

3 - REQUISITOS DO ACORDO PREVISTO NA LEI N.º 12.850/2013

Considerando que o negócio jurídico firmado existe e é válido (não sendo nulo nem anulável), a sua homologação virá para conferir-lhe eficácia, por meio da análise de seus fatores; afinal, só pode ser eficaz o que é apto a produzir efeitos.

Dessa forma, submetido o acordo de colaboração premiada ao Judiciário, busca-se a aferição do preenchimento dos requisitos do §4º, art. 7º, da Lei nº. 12.850/2013; ou seja, busca- se o controle do negócio jurídico para dotá-lo de eficácia e não a aferição da efetividade da colaboração – que é atribuição do órgão acusador avaliar, como mera expectativa, na fase de homologação – e que norteará justamente a decisão de celebrar, ou não, o acordo.

Destarte, recebido o acordo, o julgador não emite qualquer juízo de valor sobre as declarações prestadas pelo colaborador e suas qualidades pessoais, tampouco sobre culpabilidade dos delatados, já que o instituto é voltado para o interesse da persecução penal e para a perspectiva de reduzir os danos causados pelos crimes que orientam a sua razão de ser.

No que diz respeito às cláusulas acordadas, numa postura equidistante, o julgador, verificando o preenchimento dos requisitos legais, deverá homologar o acordo; contudo, em respeito ao modelo acusatório, o Pacote Anticrime alterou o

§8º do art. 4º da Lei 12.850/2013, dispondo que "o juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias".

Passou a ser vedada, portanto, a alteração de ofício pelo magistrado das cláusulas do documento ou a adequação de seus termos; entretanto ainda há questionamentos acerca dessa possibilidade de remessa do acordo de colaboração premiada para as partes, notadamente por se tratar de um entendimento do julgador da necessidade de alteração em pontos que, não raro, podem configurar uma ingerência no acordo, assunto que será discutido adiante.

Homologado o acordo em sua integralidade, o magistrado declara sua validade, assim, "[...] ocorrendo a colaboração nos termos pactuados e sendo ela eficaz, em princípio devem ser outorgadas ao réu colaborador as vantagens que lhe foram prometidas" (CANOTILHO, 2017, p. 150).

Adentrando na particularidade de cada requisito elencado no mencionado dispositivo legal, podem-se perceber os limites do mencionado controle a ser exercido pela autoridade judicial e alguns impasses trazidos pelo advento do Pacote Anticrime, a Lei nº. 13.964/2019, ao incluir a adequação dos benefícios e resultados no dispositivo que trata da homologação dos acordos, que poderia ser visto, inclusive, como um efeito *blacklash*[3] no Congresso Nacional, em razão dos avanços ocorridos no enfrentamento ao crime organizado, sobretudo envolvendo grandes empresários e figuras da política, desde que o instituto passou a ser amplamente utilizado, notadamente a partir da edição da Lei 12.850/2013.

3.1 - REGULARIDADE

O primeiro requisito a ser apreciado no controle exercido pelo juízo homologatório do acordo é a regularidade deste, ou seja, se foi seguida a forma imposta pela lei, qual seja: termo escrito constando todas as especificações exigidas e cláusulas expressas/claras, a presença do advogado com poderes especiais. Nesse último ponto, importante consignar que a Lei 14.365/22 adicionou o § 6º-I ao artigo 7º do Estatuto da Advocacia, estabelecendo que é vedado ao advogado fechar acordos de colaboração premiada contra quem seja ou tenha sido seu cliente, sob pena de sofrer penalidade disciplinar e pena prevista no art. 154 do Código Penal, por violação do segredo profissional.

Destaque-se que o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, em seus artigos 37 e 34, VII, é expresso no sentido de que "o sigilo profissional cederá em face de circunstâncias excepcionais que configurem justa causa, como nos casos de grave ameaça ao direito à vida e à honra ou que envolvam defesa própria", bem como não haverá violação do sigilo profissional pelo advogado quando presente a justa causa. Inclusive, quanto ao crime de violação de segredo profissional (art. 154 do CP), este não estará configurado quando houver justa causa.

Numa leitura sistemática e constitucional do disposto no §6º-I do artigo 7º do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, percebe-se que nenhum dos mencionados dispositivos foram revogados pela Lei 14.365/2022, de modo a permitir a colaboração premiada do advogado quando houver justa causa, como é o caso de utilização do instituto em seu favor, como mecanismo de autodefesa.

Assim, como indicado por Capez (2017, p. 219), "no exame da regularidade do acordo de colaboração, deverá o juiz i) aferir a presença dos elementos de existência do negócio jurídico e ii) realizar o controle da estrutura formal do instrumento negocial", podendo ser entendida aqui a necessidade de análise judicial da existência do objeto do acordo, ou seja, da descrição das obrigações e da sanção premial, bem como da clareza das cláusulas, contudo sem adentrar no conteúdo de suas disposições ou do que for delatado.

3 Definição dada por Marmelstein (2016, p. 06) "(1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão."

Todavia, não é ilimitada a possibilidade de lavratura do termo de confidencialidade e da aceitação da proposta pelo Ministério Público (ou Delegado de Polícia), já que, mesmo ainda na fase de negociação, deve a autoridade observar a discricionariedade regrada em sua atuação, devendo observar, *ab initio*, os pressupostos de admissibilidade, entendidos como aqueles voltados à idoneidade; necessidade e proporcionalidade, e os pressupostos de validade, voltados à voluntariedade, inteligência e exatidão (VASCONCELLOS, 2021, p. 143), requisitos externos à formalização do documento.

É, então, a partir da apresentação do referido documento de acordo de colaboração premiada que ocorrerá sua judicialização, momento em que será verificada sua regularidade, sem adentrar no juízo de conveniência e oportunidade das partes; isto é, à análise documental e legitimidade procedimental, no sentido do entendimento externado pelo Ministro Teori Zavascki na decisão proferida na homologação do acordo de colaboração premiada realizado entre o Ministério Público Federal e Alberto Youssef[4].

Para além da mencionada inteligibilidade das cláusulas do acordo de colaboração premiada, está a necessidade de o objeto ser lícito, possível e determinável ou determinado e, ainda, de se observar a legalidade de seus termos, que será tratada a seguir.

3.2 - LEGALIDADE

No exame da legalidade, caberá ao juiz, no controle realizado por meio da decisão de homologação (ou não), verificar as balizas do poder de negociação do órgão de acusação, ou seja, amplitude da sua discricionariedade.

Mas qual seria a legalidade adotada para o instituto em estudo? A ampla, em que predomina o princípio da autonomia da vontade, só não sendo admitido o que for vedado por lei, ou a estrita, em que se permite apenas o que a lei autoriza expressamente (reserva legal)?

Na Pet 7074 QO, Questão de Ordem suscitada pelo Ministro Relator Edson Fachin, tendo em conta petição ajuizada pelo Governador do Estado do Mato Grosso do Sul contestando a distribuição, por prevenção, e não por sorteio, dos autos da Pet. 7.003, em que foram homologados os acordos de colaboração premiada celebrados entre o Ministério Público Federal e Joesley Batista e outros (Grupo J&F), o Ministro Gilmar Mendes, um dos votos vencidos, posicionou-se no sentido do controle de legalidade integral, salientando motivos pelos quais entendia ser necessário verticalizar a análise no que concerne a aspectos ligados à própria legalidade.

Embora, de fato, no Brasil não tenha sido permitido um direito penal negocial com ampla discricionariedade, como no modelo negocial da *common law*, não seria a legalidade exigida como requisito para homologação do acordo de colaboração premiada aquela garantidora do respeito aos direitos fundamentais do colaborador?

O Ministro Luís Roberto Barroso manifestou tal preocupação ao pontuar, na já mencionada Questão de Ordem, que:

> [...] um controle de legalidade, que inclui a observância dos dispositivos constitucionais e legais aplicáveis e um certo zelo que, a meu ver, o relator ou o juiz têm que desenvolver quanto a preservar os direitos fundamentais do colaborador numa negociação que, muitas vezes, pode ser um tanto desigual em favor da acusação [...]. (BRASIL, 2017b).

Assim, embora conste, no acórdão da QO na Pet. 7074/DF, que não deve haver aprofundamento no mérito das investigações, sob o manto do juízo de legalidade, ocorreram vários exemplos de participação judicial no direcionamento dos acordos, dentre os quais citamos a rejeição e adequação das cláusulas: i) que previa possibilidade de pena máxima de vinte anos, mas só estipulava o regime prisional nos primeiros dois anos e dois meses, sem previsão de regressão; ii) que continha anuência do colaborador para acesso em contas bancárias e total movimentação financeira de terceiros; iii) que previa o direcionamento de 20% de tudo que fosse devolvido pelo colaborador para a Procuradoria da República em detrimento da Petrobrás, verdadeira vítima.

Como cediço, o Ministério Público e o delator podem firmar propostas que contenham objeto lícito e possível, cláusulas válidas, determinadas ou determináveis, não parecendo, ao menos

4 https://www.conjur.com.br/dl/ac/acordo-delacao-youssef.pdf

numa análise inicial, indicar ausente o requisito da legalidade, quando ocorrida a inserção no termo de colaboração premiada de elementos concernentes a questões civis, patrimoniais ou que venham a vincular outras autoridades judiciárias, por exemplo.

Destarte, no ARE 1175650/PR – STF, cuja decisão fora publicada em 5 de outubro de 2023, constou a tese de repercussão geral a aceitação da colaboração premiada no âmbito civil, em ação de improbidade, entre outras, nos seguintes termos:

> [...] TESE DE REPERCUSÃO GERAL: É constitucional a utilização da colaboração premiada, nos termos da Lei 12.850/2013, no âmbito civil, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público, observando-se as seguintes diretrizes: (1) Realizado o acordo de colaboração premiada, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação: regularidade, legalidade e voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares, nos termos dos §§ 6º e 7º do artigo 4º da referida Lei 12.850/2013. (2) As declarações do agente colaborador, desacompanhadas de outros elementos de prova, são insuficientes para o início da ação civil por ato de improbidade; (3) A obrigação de ressarcimento do dano causado ao erário pelo agente colaborador deve ser integral, não podendo ser objeto de transação ou acordo, sendo válida a negociação em torno do modo e das condições para a indenização; (4) O acordo de colaboração deve ser celebrado pelo Ministério Público, com a interveniência da pessoa jurídica interessada e devidamente homologado pela autoridade judicial; (5) Os acordos já firmados somente pelo Ministério Público ficam preservados até a data deste julgamento, desde que haja previsão de total ressarcimento do dano, tenham sido devidamente homologados em Juízo e regularmente cumpridos pelo beneficiado. (BRASIL, 2023b).

Tal decisão está em harmonia com o art. 17-B da Lei de Improbidade Administrativa, inserido pela Lei 14.230/2021, que introduziu o instituto do acordo de não persecução cível, já que, conforme defendido por Cibele Benevides Guedes da Fonseca:

> Ora, se hoje é possível que o Ministério Público e o colaborador firmem acordo na área cível, nada impede – ao contrário, tudo estimula – que tais cláusulas cíveis sejam negociadas e se façam constar no próprio acordo de colaboração premiada, não devendo, portanto, o juiz, deixar de homologá-lo ao se deparar com tal espécie de benefício. (FONSECA, 2022, p. 146).

Contudo, conforme consignado na decisão do Superior Tribunal de Justiça, na Pet. 5886/DF, publicada em 9 de novembro de 2022, a homologação do acordo de colaboração premiada não constitui, por si só, fator impeditivo à atuação dos demais órgãos com atribuição para apuração dos consectários extrapenais dos fatos relatados pelo colaborador; contudo, a utilização por tais órgãos dos elementos de informação produzidos em decorrência do acordo de colaboração pressupõe prévia adesão aos seus termos, observando-se os limites de responsabilização pactuados.

Do mesmo modo, quanto a possíveis efeitos extrapenais, consta na decisão do Supremo Tribunal Federal, publicada em 4 de fevereiro de 2016, em sede do HC nº 127.483-PR, que o acordo pode "dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador", já que tais medidas vão ao encontro do que dispõe o art. 26.1 da Convenção de Palermo, Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, e o art. 37.2 da Convenção de Mérida, Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, já que tem como finalidade encorajar a delação, possibilitando o acesso das autoridades às informações úteis que possam contribuir nas investigações e na persecução penal.

No final de 2022, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu, no AgRg nos EDcl na Pet 13.974/DF, que, embora se reconheça a discricionariedade regrada dos órgãos nas tratativas dos acordos, tal não implicaria na vedação das sanções atípicas, com fundamento de violação do princípio da legalidade penal estrita. Isso porque o princípio da legalidade, *in casu*, é uma garantia constitucional que milita em favor do acusado, não podendo apenas ser usado para prejudicá-lo. Consta, ainda, na referida decisão que:

> [...] 6. Esta discricionariedade regrada dos órgãos de investigação nas tratativas dos acordos dá origem ao argumento da aparente violação do princípio da legalidade penal estrita, como uma das principais objeções à possibilidade de fixação de sanções penais atípicas. 7. Cumpre observar que o princípio da

> legalidade é uma garantia constitucional que milita em favor do acusado perante o poder de punir do Estado, não podendo ser usado para prejudicá-lo, sob pena de inversão da lógica dos direitos fundamentais. [...]15. Quanto à previsão de nulidade de cláusulas que alterem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena ou os requisitos de progressão de regime (art. 4º, § 7º, II, da Lei n. 12.850/2013), o próprio legislador autorizou a fixação de benefícios mais amplos ao estabelecer que o juiz poderá conceder perdão judicial ou substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (art. 4º, *caput*, da Lei n. 12.850/2013). 16. Se é possível extinguir a punibilidade dos crimes praticados pelo colaborador (perdão judicial) ou isentá-lo de prisão (substituição da pena), com mais razão seria possível aplicar-lhe pena privativa de liberdade com regime de cumprimento mais benéfico. 17. Não há invalidade, em abstrato, na fixação de sanções penais atípicas, desde que não haja violação da Constituição da República ou do ordenamento jurídico, bem como da moral e da ordem pública. Da mesma forma, em respeito às garantias fundamentais individuais, a sanção premial não pode agravar a situação jurídica do colaborador, com a fixação de penas mais severas do que aquelas previstas abstratamente pelo legislador. (BRASIL, 2022b).

Na decisão acima, levou-se em conta, ainda, a teoria dos poderes implícitos, associada ao axioma de que "quem pode o mais, pode o menos", no que se refere à manutenção de cláusula que estabelece regime inicial de pena que não seja na forma indicada no Código Penal, na Lei de Execução Penal e na própria Lei 12.850/2013. Isso porque o disposto no ajuste não prejudicou o investigado/réu e mostrou-se coerente, considerando o sistema de prêmios e os ditames constitucionais, como indicaram Filippetto e Esteves (2020, p. 13):

> A inspiração é a de se importar a liberdade negocial própria do direito privado, lastreada na autonomia da vontade, desde que não vedadas pela ordem jurídica (o que não é proibido, é permitido) e que não agravem a situação do agente colaborador, vedando-se sanções mais severas (*in malam partem*), tudo sob o crivo da razoabilidade. Dessa forma, benefícios extralegais estariam em conformidade com a garantia de favorecimento do colaborador.

Logo, ao Ministério Público cabe justificar o prêmio escolhido, embasado no sopesamento da extensão dos benefícios pactuados, frente à gravidade do fato criminoso e a eficácia da colaboração, levando em conta, no caso do regramento do regime inicial de cumprimento de pena (de natureza material e processual), que a legalidade residia numa escolha, mesmo que *contra legem*, que não fosse mais gravosa ao colaborador.

Desse modo lecionou Galtiênio da Cruz Paulino (2021, p. 143-144):

> [...] admite-se que os citados dispositivos sejam interpretados de maneira restritiva sempre que favorecerem o acusado (condenado ou colaborador, na hipótese de colaboração premiada). O alcance de uma norma penal pura ou mista pode ser restringido desde que seja para favorecer aquele que, em tese, está infringindo uma norma criminal.

Noutro giro, o Superior Tribunal de Justiça, no AgRg no REsp 1943100 SC, no julgamento ocorrido em 27 de novembro de 2023, considerou a existência de cláusulas que estabeleceram a suspensão por tempo indeterminado de ações penais em curso e eventualmente propostas, o limite total de pena a ser eventualmente imposta e sua forma de cumprimento, uma violação dos princípios da legalidade, da separação das funções do poder, bem como o sistema de controle constitucional e recíproco das instituições, não podendo ser homologada.

Convém registrar que, embora existam decisões aceitando a legalidade temperada, mediante *safe guards*, com a alteração promovida pelo Pacote Anticrime no art. 4º, § 7º, II, da Lei 12.850/2013, que dispõe sobre a inviabilidade de inovação quanto aos regimes de cumprimento de pena, ainda que de maneira mais benéfica do que em lei, o entendimento majoritário volta-se pela legalidade estrita.

De qualquer forma, percebe-se, assim, que, no momento do controle judicial dos acordos de colaboração premiada, a observância do requisito da legalidade deveria estar voltada a evitar irregularidades, impedindo cláusulas abusivas e ilícitas, devendo o magistrado averiguar se as partes estariam negociando direitos disponíveis, bem como se a bilateralidade está sendo respeitada, o que significa admitir disposições que atendam ao requisito da legalidade, mas numa interpretação lógico-sistemática da lei, no sistema de proteção aos direitos fundamentais e que estiver atendendo aos comandos constitucionais.

3.3 - VOLUNTARIEDADE

Como já pontuado, a voluntariedade deve ser observada desde a fase de negociação pelo Ministério Público/Delegado de Polícia, para que, ao

aceitar o acordo, assuma efetivamente o compromisso de fornecer informações e colaborar com a persecução estatal, além de renunciar seu direito ao silêncio, interpretado esse ato, conforme a decisão publicada em 24 de janeiro de 2024, em sede da ADI 5567, como livre exercício daquele direito, bem como da não autoincriminação pelos colaboradores, em relação aos fatos relacionados ao objeto dos negócios jurídicos.

Antes mesmo da necessidade de verificar se o investigado/réu não estaria sob coação ou outra forma que contaminasse o acordo, como a ocorrência de pagamento ou promessa de pagamento de vantagem ilícita, há também que se observar se ele é imputável, detém capacidade de estar em juízo sem intercorrências cognitivas que maculem o próprio acordo firmado.

Não seria qualquer acometimento psíquico que impediria a homologação do acordo, inclusive assim já fora decidido pelo Supremo Tribunal Federal na AO 2275/RN, constando no acórdão publicado em 23 de outubro de 2018 que, embora existente quadro de depressão no colaborador, tal "não se mostrava suficiente para afetar o discernimento do interessado no período que antecedeu a formalização da avença, conforme retratavam atestados de natureza médica que instruíam os autos" (BRASIL, 2018a).

O cerne da questão, com relação à fase homologatória, é o que poderia ser considerado pelo juiz como coação, física ou psíquica, suficiente para afetar o discernimento do agente e, via de consequência, a voluntariedade no aceite da avença.

Importante atentar que a Lei 12.850/2013 não fala em "espontaneidade", como na Lei 9.034/95, por ela revogada, e sim em "voluntariedade"; assim, como consignado por Pereira (2016, p. 129), verifica-se a "desnecessidade de a iniciativa da colaboração com a persecução penal ter que se originar no próprio postulante ao benefício". Destarte, não há qualquer vício no consentimento se as negociações partirem da iniciativa do órgão de acusação ou ser por ele estimulada.

Com relação à prisão preventiva e à voluntariedade na colaboração premiada, na decisão proferida no HC 127.483 houve a separação entre liberdade física e liberdade psíquica, concluindo que o "requisito de validade do acordo é a liberdade psíquica do agente e não a sua liberdade de locomoção".

De fato, não se pode considerar uma prisão cautelar, decretada com fundamentos legítimos, como um ato de coação voltada à manutenção da celebração do acordo de colaboração premiada; todavia esta não pode existir com o único objetivo de impelir o investigado a colaborar. Por outro lado, não pode a decisão de soltura ser um "pagamento" pela negociação.

Nessa direção, o Superior Tribunal de Justiça, no RHC 79.103/RS, em decisão publicada em 7 de abril de 2017, assentou não existir "relação necessária entre a celebração de acordo de colaboração e a colocação em liberdade do acusado, embora, em certos casos, tal acordo possa mitigar o risco à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal" (BRASIL, 2017c).

Tampouco pode a simples celebração do acordo ser motivador para decretação da prisão do investigado/réu, já que a própria Lei 12.850/2013, em seu art. 4º, §16, com a redação dada pela Lei 13.964/2019, dispõe que as medidas cautelares reais ou pessoais não podem ser decretadas com fundamento apenas nas declarações do colaborador. Até porque o receio que deve impulsionar o exercício da colaboração deve ser o da condenação por um Judiciário célere e independente, temor que é reduzido cada vez que, em caso similar, não for possível processar e julgar os agentes, seja pelo decorrer do tempo (resultando na prescrição), seja pelo reconhecimento de nulidades.

Outra inovação trazida pelo Pacote Anticrime foi a previsão da obrigatoriedade da oitiva sigilosa do colaborador e seu defensor, oportunidade em que analisará o cumprimento do requisito da voluntariedade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares (art. 4º, §7º, IV).

Quanto à questão do controle judicial, merece destaque o esposado por Filippetto e Rocha (2017, p. 140):

> [...] a atividade do juiz deve cingir-se a verificar a presença do requisito da voluntariedade, sem imiscuir-se no seu conteúdo. Com essa cautela resguarda não só o indivíduo colaborador, como também a sociedade, repelindo meios de prova ilícitos e, por vezes, não reveladores da verdade.

Assim, deve, numa cognição horizontal, visar ao controle judicial exercido na fase de homologação, à validade do negócio jurídico processual, ou seja, à existência do livre consentimento.

3.4 - ADEQUAÇÃO DOS BENEFÍCIOS E DOS RESULTADOS – PACOTE ANTICRIME

De certa forma, ampliando o papel do juiz no controle judicial dos acordos de colaboração premiada, foram introduzidos mais dois requisitos na Lei 12.850/2013, pelo Pacote Anticrime, passando a exigir, para homologação dos ajustes: i) a adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos na mencionada lei, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do Código Penal e as regras de cada um dos regimes previstos do referido *Codex* e da Lei de Execução Penal, bem como os requisitos de progressão de regime na colaboração feita após a sentença e ii) a adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos na lei.

Assim, com o advento da Lei 13.964/2019, ampliou-se o debate acerca da possibilidade de se adentrar no mérito da avença no ato de homologação, como indicado por Gebran Neto (2020, p. 11):

> Se, na dicção legal anterior, havia maior protagonismo das partes e maior liberdade nas estipulações das cláusulas do acordo, com a nova ordem jurídica, duas novas atribuições são conferidas ao julgador do processo: adequação dos benefícios e do resultado da colaboração. E, para realizar ambos os misteres, mostra-se indispensável que o magistrado avance sobre pontos outros do processo, até mesmo sobre o mérito e a pena (inciso II), bem como sobre a qualidade/utilidade da colaboração (inciso III).

Como já mencionado ao se tratar do requisito da legalidade, há entendimento de que o fato de certas sanções premiais, fixadas no ajuste, estarem vedadas, não teriam, necessariamente, o condão de invalidar o acordo, já que o mencionado princípio estaria direcionado à vedação de imposição de penas mais graves do que as previstas em lei, por ser garantia instituída em favor do jurisdicionado em face do Estado.

Logo, qual a razão de ser dessa exigência da adequação na escolha do prêmio às hipóteses existentes na Lei 12.850/13, já que a doutrina e boa parte da jurisprudência vêm sinalizando que a ampliação dos benefícios é necessária para atender a carência de eficiência do sistema punitivo nacional em relação aos crimes políticos e empresariais?

Deve-se entender o instituto da colaboração premiada como um elemento de manifestação de política criminal.

Tal modificação trazida pelo Pacote Anticrime, então, é ponto delicado, do ponto de vista de política criminal, além de inaplicável pela característica do próprio instituto, já que medidas especiais que não na forma prevista na Lei 12.850/2013 devem ser consideradas como benefício, levando-se em conta, inclusive, a preocupação com a segurança e a proteção da integridade física do colaborador (Lei 9.807/99), e é nesse sentido que pontua Frederico Valdez Pereira (2020, p. 207):

> Apesar desse direcionamento do legislador reformista, de estreitar o espaço de concessões na negociação entre as partes, é possível ainda conceber uma relativa ampliação nos prêmios pactuáveis na colaboração premiada. Isso porque, no tema dos benefícios aos colaboradores, concorda-se com parcela relevante da doutrina no sentido de existir uma espécie de microssistema da colaboração premiada no ordenamento brasileiro, que abrange o conjunto das leis que preveem benefícios aos colaboradores, sendo cabível a aplicação do regime premial que se apresentar mais benéfico ao colaborador no caso concreto.

Desse modo, o intuito deste novo requisito seria maior incursão do julgador nas cláusulas do acordo pelo julgador, na ocasião da homologação, o que poderia, em última instância, ser um fator de desestímulo à negociação.

Com relação ao segundo novo requisito ora apresentado, a adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos na lei, como aferi-lo se o acordo for celebrado na fase extrajudicial?

Só pode ser efetivo aquele que, após a apreciação de todo o acervo probatório já recolhido, de fato indicou elementos que levaram à identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Destaque-se que a previsão de controle judicial da proporcionalidade dos resultados/benefícios, o binômio prêmio-eficácia na realização do instituto, como matéria atinente à legalidade, já estava previsto nos §§1°, 2° e 11 do art. 4° da

Lei 12.850/2013; entretanto, na fase de homologação, sobretudo quando as tratativas forem realizadas na fase de investigação, a aferição da potencialidade de tais resultados será mera projeção (efetividade virtual).

Na decisão do Superior Tribunal de Justiça no HC 354800, publicada em 26 de setembro de 2017, quanto à eficácia objetiva da colaboração e às circunstâncias elencadas no artigo 4º, §1º, da Lei n. 12.850/2013, entendeu-se que deveriam ser realizadas quando da prolação da sentença pelo magistrado e não na fase de homologação, em que é vedado "proceder à realização de juízo de valor acerca das declarações prestadas pelo colaborador e nem à conveniência e oportunidade acerca da celebração deste negócio jurídico processual".

Assim, mesmo se considerada a possibilidade de o Ministério Público pleitear a suspensão do prazo para oferecimento da denúncia em até 6 (seis) meses (art. 4º, §3º) e até mesmo de realizar instrução para identificação ou complementação do objeto do acordo, dos fatos narrados, sua definição jurídica, relevância, utilidade e interesse público (art. 3º-B, §4º), não seria possível, nessa fase, alcançar a certeza do resultado ou sua extensão. Por tal razão não parece a postura mais recomendável exercer um controle judicial que, numa cognição vertical, avance sobre o juízo de efetividade que, *a priori*, é do Ministério Público, destinatário imediato da investigação preliminar, dispondo da compreensão do todo atinente às linhas investigativas e à situação processual dos casos que versam sobre a organização criminosa (SUXBERGER; CASELATO JUNIOR, 2019, p. 232-233).

De fato, em razão dessa exigência de que o juiz faça um exercício de "adivinhação" é que a complexa atividade de negociação nos acordos seja colocada na cama de Procusto, com soluções inócuas.

4 - MODELOS DE CONTROLE JUDICIAL DA JUSTIÇA PREMIAL

Embora o Brasil esteja ligado ao sistema de justiça romano-germânico, *civil law,* caracterizado pela existência de codificação de normas pelo Poder Legislativo, com ênfase na supralegalidade do texto constitucional e seu controle de constitucionalidade, a divisão entre o direito público e o privado, o predomínio da lei escrita e a atuação do Poder Judiciário restrita à interpretação e aplicação da Constituição e das leis (DANTAS, 2000, p. 196-202), houve o reconhecimento da influência de características do sistema de origem inglesa em pontos como a previsão da possibilidade de produção de julgados baseados em precedentes, com eficácia vinculante pelos tribunais superiores e de segundo grau, e com a maior autonomia conferida às partes envolvidas no sistema de justiça criminal para celebração de acordos em processos de negociação consensual.

Nos Estados filiados ao *common law*, como Inglaterra, País de Gales, Estados Unidos (exceto Louisiana) e Canadá (exceto Quebec), privilegia-se a prática consuetudinária, baseando-se em precedentes jurisprudenciais, costumes, regramentos suficientes a garantir uma estabilidade no sistema adotado (BECKE, 2018, p. 305).

Contextualizando a adoção desses dois modelos jurídicos penais, com o maior interesse acerca da delação premiada como meio de obtenção de prova, esclarece Antônio Henrique Graciano Suxberger e Demerval Farias Gomes Filho:

> Além da expansão penal, a segunda metade do século XX e o início do século XXI são marcados, no cenário processual penal, pela introdução de instrumentos de justiça negocial nos modelos jurídicos penais do *civil law*, que, até então, possuíam maior incidência, desde o século XIX, nos moldes do *common law*. [...] Nos países de *civil law*, a introdução dos modelos de justiça penal negociada coincide com o período de expansão do direito penal que se inicia na segunda metade do século XX. O *plea bargaining* é aplicado nos EUA desde o século XIX (as negociações americanas de sentença criminal podem acontecer pela declaração de culpa do acusado ou pela declaração de que não haverá contestação da acusação); a *Absprachen* surge na Alemanha em 2009 e o *Patteggiamento* é positivado na Itália em 1988. [...] A *Absprachen* consiste em uma espécie de acordo que ocorre, geralmente, na fase judicial, entre o juiz e o acusado com o seu defensor, sem uma participação ativa do Ministério Público. [...] No modelo italiano do *patteggiamento*, as partes (acusação e defesa) estabelecem um acordo sobre a sentença e pedem ao juiz para aplicar a pena acordada. Compete ao magistrado fazer um juízo de legalidade, possuindo o poder de absolver o acusado se verificar a possibilidade diante da prova colhida. (GOMES FILHO; SUXBERGER, 2016, p. 383 -384).

Assim, numa inspiração do que ocorre nos países que adotaram a *common law*, ao privilegiar o próprio caso concreto para decisão, alguns paí-

ses que adotaram o sistema da *civil law* passaram a conferir maior discricionariedade aos órgãos de persecução, observando, todavia, os limites da lei, razão pela qual os acordos de colaboração premiada são submetidos ao controle judicial horizontal, limitado ao juízo de delibação.

Como é cediço, nos países de tradição romano-germânica, o judiciário exercita menos sua discricionariedade no ato de decidir, não se admitindo a criação de normas pelo aplicador do direito; entretanto, mesmo em um sistema regido predominantemente por regras do *civil law*, em um contexto atual de busca pela eficiência e eficácia da persecução penal, principalmente em casos que envolvem a atuação de uma organização criminosa, adequa-se o princípio da obrigatoriedade da ação penal ao princípio da oportunidade regrada, sendo esta entendida como a que "se manifesta pela mitigação, ao menos parcial, do princípio da obrigatoriedade da ação penal, com a inserção de um critério de oportunidade regulada ou regrada ao titular da ação penal como resultado da abertura à bilateralidade negocial" (PEREIRA, 2020, p. 131).

Dessa forma, verifica-se que, sob a influência do sistema de tradição anglo-saxônica, os acordos na seara penal são propostos pelo órgão de acusação, o qual possuirá maior discricionariedade para propor as avenças, restringindo a atuação judicial sobre tais ajustes, podendo, inclusive, resultar numa mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, resultando em uma oportunidade regrada, e afastar a exigência da legalidade penal estrita na aplicação das sanções premiais.

Percebe-se, assim, uma aproximação entre os sistemas *civil law* e *common law* no ordenamento jurídico brasileiro, mormente a partir da inauguração da possibilidade de oferecimento de benefício ao criminoso em troca de sua colaboração, com a edição da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990) apenas em relação ao crime de extorsão mediante sequestro, acrescentando o §4º ao artigo 159 do Código Penal.

Mas, tanto o mencionado dispositivo, quanto os que se seguiram, como o art. 32, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º da Lei n.º 10.409/02, que teve vida breve e foi provavelmente o germe do direito premial, não se voltavam ao combate ao crime organizado, não garantiam autonomia ao Ministério Público para conduzir negociações, não deixavam claro qual a robustez da colaboração a que o agente do crime se compromete e o concreto benefício que teria. Assim, por óbvio, tampouco havia previsão do controle judicial por meio da homologação.

Apenas com o advento da Lei n.º 12.850/13, a colaboração premiada assume papel absolutamente distinto das leis que a precederam, com maior amplitude de negociação entre as partes e participação meramente formal do magistrado (homologação) na determinação do prêmio.

4.1 - NO DIREITO ITALIANO – *CIVIL LAW*

Há similitude nas atribuições do Ministério Público italiano e do brasileiro no que tange à atuação na persecução penal, inclusive no âmbito da investigação criminal, que pode culminar em oferta de denúncia ou arquivamento dos autos, estando vigentes os princípios da legalidade e da obrigatoriedade da ação penal, nos termos do art. 112 da Constituição italiana, *in verbis*: "Art. 112. Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale"[5].

Assim como ocorreu no Brasil, a resistência à adoção do princípio da oportunidade, conferindo maior discricionariedade ao órgão acusador e uma mitigação da obrigatoriedade da ação penal foi sendo enfraquecida ante a necessidade de se combaterem crimes envolvendo a máfia e de tornar o processo mais ágil, como preconizado no art. 6º, n. 1, da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia dos Direitos do Homem), no que indica nas disposições sobre processo equitativo:

> 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou

5 Art. 112. O Ministério Público tem a obrigação de conduzir o processo penal. (Tradução nossa).

> a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

A adoção da possibilidade de negociação da pena está prevista expressamente na Constituição italiana, em seus artigos 111 e 112, o que não ocorre, ao menos de maneira explícita, no Brasil. Assim, no mencionado art. 111 consta que "a lei regula os casos em que a formação da prova não tem lugar em contraditório por consenso do arguido ou por impossibilidade comprovada de natureza objetiva ou por efeito de conduta ilícita provada".

Assim, a partir da reforma ocorrida no ano de 1988, mudanças ocorreram no sentido de conferir abertura mais acentuada à pena negociada. Assim, como dispõe o CPP italiano, o acusado pode pedir pelo juízo abreviado, o *giudizio abbreviato* do art. 438, em que se decide com o que há registrado em peças de informação, de forma a conceder redução da pena. Nesse caso, não há acordo com o Ministério Público, o pedido pelo rito mais breve é feito diretamente ao juiz, sendo desconhecidas as possibilidades do montante da pena sobre a qual haverá a aplicação da diminuição legal.

Já no instituto intitulado *patteggiamento*, ou *applicazione della pena sulla richiesta della parti*, de acordo com Torrão (2000, p. 175-176, *apud* BRANDALISE, 2016, p. 95), o que se prevê é "a resolução consensual dos conflitos processuais penais, visto que há requerimento da parte e concordância da parte adversa que legitimam a prolação de sentença de mérito".

Dessa forma, há aqui, conforme disposto no art. 444, 1, do Código de Processo Penal italiano, a possibilidade de uma redução da pena apresentada ao juiz que, verificando não ser o caso de absolvição, realizará sua aplicação, de modo a conferir maior celeridade na resposta do acusado, sem que para isso este tivesse que confessar, mas renunciar, mesmo que tacitamente, à presunção de inocência.

O art. 444, 2, do CPP italiano previa um controle judicial do acordo sem abranger a proporcionalidade e adequação da pena negociada, mas tão somente se poderia tratar de caso de absolvição, num controle da legalidade que não a estrita, mas sim aquela que milita em favor do acusado frente ao poder de punir do Estado. Contudo, a Corte Constitucional italiana, na Sentença 313, de 1990, entendeu pela parcial inconstitucionalidade do mencionado dispositivo, passando a atuação judicial a abranger não só a conferência da formalidade do rito (regularidade), como a adequação da sanção negociada (gravidade do fato e culpabilidade do agente), podendo rejeitá-la, mas não a recalcular, assim como passou a ocorrer no Brasil, com o advento do Pacote Anticrime, a Lei nº. 13.964/2019. Demais disso, há a previsão da possibilidade de o juiz realizar a correção da qualificação jurídica dos fatos.

Assim como ocorre no Brasil, no processo penal italiano o magistrado não pode interferir na negociação da pena a ser sugerida, podendo apenas rejeitá-la, devolvendo ao Ministério Público para realizar os ajustes, se assim entender cabíveis, existindo, assim, um limitador da discricionariedade do *Parquet*.

A Lei nº 15/80 (*Legge Cossiga*), no intuito de combater as organizações criminosas terroristas, e a Lei nº 304/82, aumentando o *quantum* das atenuantes e o benefício ainda para a mera dissociação da organização criminosa, trouxeram denominação acerca dos colaboradores, seriam os *pentiti*, que deixa ou termina a organização criminosa e garante a não consumação dos seus crimes; *dissociati*, que assume a autoria e tenta minorar os danos causados e impedir a consumação de crimes conexos; e *colaboratori*, que, além de realizar todo o exposto acima, procura prover às autoridades elementos de prova para esclarecer fatos e a autoria de crimes.

Assim, pouco antes de se iniciar aquela operação que seria mundialmente conhecida como "Mãos Limpas"[6], foi editada a Lei nº. 82/1991, que resultou na promulgação do Decreto-Lei nº. 8/1991 e regulamentou o instituto do colaborador de justiça (*colaboratori dela giustiizia*),

6 "Em 17 fevereiro de 1992, Mário Chiesa, diretor de um asilo de Milão filiado ao Partido Socialista Italiano, foi preso sob a acusação de achacar empresários em troca de suborno. "[...] A operação, comandada pelo magistrado do Ministério Público Antonio Di Pietro (na Itália, promotores e juízes integram a mesma carreira) hipertrofiou- se e desvendou um amplo esquema de fraudes em obras públicas, doações de empresários a políticos em troca de favores e desvio de recursos de empresas estatais." (VALIATI, Matheus de Souza. Colaboração Premiada: Origens e Conceito. Toda Matéria, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-28/operacao-maos-limpas- completa-30-anos-legado-negativo>. Acesso em: 7 mar. 2024).

entendido como aquele que, ante o conhecimento de um fato criminoso, para terrorismo, tipo mafioso e alguns crimes comuns, como extorsão mediante sequestro, em contexto de uma organização, decide colaborar com a justiça (FERNANDES, 2021, p. 75).

Já a Lei nº. 45/2001 alterou alguns dispositivos do Decreto-Lei nº. 8/1991, mas manteve os benefícios das reduções de pena, contudo inseriu tempo limite de 6 (seis) meses para que o *pentiti* (arrependido) realize a delação, previu a necessidade da análise da importância e ineditismo das declarações prestadas, estabeleceu o cumprimento de pelo menos ¼ (um quarto) da pena e fixou que a proteção a ser conferida ao colaborador se estenderá até o final do perigo. No procedimento da colaboração premiada italiana, há o instrumento denominado "*verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione*", pressuposto indispensável para que o juiz possa reconhecer atenuantes ou causas de redução de pena no caso da colaboração premiada, cujo conteúdo será submetido ao controle jurisdicional (arts. 16-quater, § 3º, e 16- quinquies, § 2º, do Decreto-lei 8/91, convertido pela Lei 82/91, introduzidos pela Lei 45/01), nos seguintes termos:

> Artigo 16.º trimestre
>
> 1. Para efeitos de concessão das medidas especiais de proteção referidas no Capítulo II, bem como para os efeitos referidos nos artigos 16.º-quinquies e 16.º-nonies, quem tiver manifestado vontade de colaborar reporta-se ao Ministério Público, no prazo de cento e oitenta dias a contar da referida manifestação de vontade, todas as informações em seu poder úteis à reconstrução dos fatos e circunstâncias sobre os quais é interrogado, bem como de outros fatos de maior gravidade e alarme social de que seja conhecimento, bem como para a identificação e captura dos seus autores e ainda as informações necessárias para proceder à identificação, apreensão e confisco do dinheiro, bens e qualquer outra utilidade de que ele próprio ou, com referência aos dados do seu conhecimento, outros membros de grupos criminosos têm acesso direto ou indireto. [...] 3. As declarações prestadas nos termos dos n.ºs 1 e 2 são documentadas num relatório denominado "relatório explicativo do conteúdo da colaboração", elaborado segundo os métodos estabelecidos no artigo 141.º-bis do código de processo penal , que é inserido, integralmente, em arquivo próprio mantido pelo Ministério Público a quem foram prestadas as declarações e, em extrato, no arquivo previsto no artigo 416, parágrafo 2, do Código de Processo Penal relativo aos processos a que foram prestadas as declarações, respectivamente, e consulte diretamente. As atas são secretas desde que sejam secretos os extratos indicados no período anterior. A sua publicação é proibida nos termos do artigo 114.º do código de processo penal[7]. [...] (Tradução nossa).

Há na legislação italiana determinações legais acerca do procedimento da colaboração premiada, incluindo, assim como ocorre no Brasil, a necessidade de outros elementos que confirmem a autenticidade das colaborações e o incentivo por meio de sanções premiais; todavia há como diferencial a previsão de direitos imediatos de proteção ao colaborador, com medidas específicas de proteção para o colaborador e sua família, como a substituição de seus documentos e a mudança de residência para locais protegidos, a obrigação de o colaborador não prestar informações a terceiros.

Assim, é requisito para aceitação do juiz do acordo a elaboração do *verbale illustrativo*, no tempo determinado em lei, para que seja verificado se houve efetiva colaboração a justificar os benefícios e a proteção policial, mas nesse "contrato" não pode o Ministério Público dizer quais benefícios seriam aplicados, diferentemente do que ocorre no *patteggiamento* (BASSI, 2010, p. 207), existindo assim não somente um controle judicial de regularidade sobre o acordo, mas também uma decisão desvinculada de qualquer estipulação prévia do prêmio a ser conferido.

Porém, o que diverge profundamente entre os sistemas italiano e brasileiro é o tratamento da imparcialidade judicial, já que, naquele, qualquer decisão anterior que implique em mínima análise do

7 "1. Ai fini della concessione delle speciali misure di protezione di cui al Capo II, nonché per gli effetti di cui agli articoli 16-quinquies e 16-nonies, la persona che ha manifestato la volontà di collaborare rende al procuratore della Repubblica, entro il termine di centottanta giorni dalla suddetta manifestazione di volontà, tutte le notizie in suo possesso utili alla ricostruzione dei fatti e delle circostanze sui quali è interrogato nonché degli altri fatti di maggiore gravità ed allarme sociale di cui è a conoscenza oltre che alla individuazione e alla cattura dei loro autori ed altresì le informazioni necessarie perché possa procedersi alla individuazione, al sequestro e alla confisca del denaro, dei beni e di ogni altra utilità dei quali essa stessa o, con riferimento ai dati a sua conoscenza, altri appartenenti a gruppi criminali dispongono direttamente o indirettamente. [...] 2. Le dichiarazioni rese ai sensi dei commi 1 e 2 sono documentate in un verbale denominato "verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione", redatto secondo le modalità previste dall'articolo 141-bis del codice di procedura penale, che è inserito, per intero, in apposito fascicolo tenuto dal procuratore della Repubblica cui le dichiarazioni sono state rese e, per estratto, nel fascicolo previsto dall'articolo 416, comma 2, del codice di procedura penale relativo al procedimento cui le dichiarazioni rispettivamente e direttamente si riferiscono. Il verbale è segreto fino a quando sono segreti gli estratti indicati nel precedente periodo. Di esso è vietata la pubblicazione a norma dell'articolo 114 del codice di procedura penale."

mérito é motivo de quebra desta, causando impedimento para julgar o mesmo processo. Portanto, o *verbale illustrativo* será um objeto desconhecido para o juiz que julgar o mérito do processo.

Há, ainda, que se ressaltar que, ao contrário do que consta na legislação brasileira acerca do tema, especificamente a Lei nº. 12.850/2013, a lei italiana não prevê a concessão do perdão judicial ou imunidade processual ao colaborador, mas tão somente a diminuição da pena privativa de liberdade, talvez justamente porque a constitucionalização do princípio da obrigatoriedade seja um limitador da discricionariedade do órgão de acusação nos espaços de negociação no processo penal italiano.

O anteprojeto inicial da Lei de Crime Organizado (Lei nº 12.850/2013), o Projeto de Lei do Senado nº 150/2006, assim como na lei italiana que o inspirou, não previa a imunidade como um dos prêmios ao colaborador. Contudo, focando na utilidade de uma colaboração realizada o quanto antes, de modo a potencializar os seus objetivos para o Estado, tal possibilidade foi inserida pela Câmara dos Deputados, ficando os maiores benefícios para a fase investigatória e judicial para, assim, desestimular o agente a aguardar o resultado do julgamento para só então, na fase de execução, buscar a realização da colaboração.

4.2 - NO DIREITO ESTADUNIDENSE – *COMMON LAW*

No sistema jurídico norte-americano, encontramos o mecanismo processual denominado *plea bargaing* no qual é possível a acusação e a defesa chegarem a um acordo sobre o caso, que será sujeito à homologação judicial, evitando que tenha que submeter a acusação ao julgamento, o que proporciona maior celeridade processual.

A inserção do instituto do *plea bargain*, mais precisamente o *sentencing bargain* (negociação quanto ao montante da pena ou quanto ao regime de seu cumprimento), no nosso ordenamento jurídico chegou a ser discutida no PL 882/19; entretanto foi retirado pelo grupo de trabalho da Câmara dos Deputados sobre legislação penal e processual do Pacote Anticrime, sob a justificativa de que o processo penal brasileiro observa o princípio da presunção da inocência e, conforme consta na exposição de motivos, no caso da denúncia recebida, "homologada a concordância, a pena será aplicada de pronto". Contudo, o mesmo projeto incluiu o acordo de não persecução penal, no artigo 28-A do CPP, já que tal instituto não se trata de uma antecipação de condenação.

Há de se ressaltar que as penas no Brasil não são tão rígidas quanto nos EUA, existindo sistema progressivo de execução da pena, o que torna a negociação, pela via do *plea bargain*, nem tão interessante quanto em um Estado punitivista como os EUA. Além disso, o Ministério Público brasileiro, guiado pelo sistema acusatório romano-germânico, não apresenta discricionariedade plena, autonomia total para negociar, como os chamados *prosecutors* norte- americanos, que são conduzidos por conveniência política[8].

O *plea bargaining* abrange medidas diversas, como explanado por Fernandes (2021, p. 81-82):

> [...] dentro do contexto de barganha, pode ser inserida a declaração de culpa (*guilty plea*) e não culpa (*not guilty plea*). Pode haver, ainda, a hipótese em que defesa não admite nem nega a culpa, mas apenas não contesta a acusação (*nolo contendere* ou *no contest plea*).

O que pode ser buscado com a *plea bargaining* é a assunção de culpa por um crime menos grave ou apenas quanto a um ou mais crimes dentre várias acusações (*count bargaining*), a estipulação da verdade acerca do fato ou sua versão (*fact bargaining*) ou a aceitação da acusação (*guilty as charged*), mas apresentando a acusação uma recomendação de pena atenuada (*charge bargaining*) ou alternativa à prisão, diferida (*sentence bargaining)*, que o juiz, no exercício de seu controle judicial, pode não aceitar. Em qualquer caso, a negociação é submetida à aprovação da Corte, exceto em casos como os que a negociação é feita para assunção de culpa em crime menos grave, eis que, nesse ponto, abre-se mão da acusação pelo crime mais grave ou por outros crimes, o chamado *drop charges* (FERNANDES, 2021, p. 83- 84).

Assim, apesar de vedada a participação de integrante do sistema judicial nas discussões, cabe

8 Como bem pontuado por Cordeiro (2020, p. 26), "a ampla discricionariedade ministerial é tradição já incorporada ao sistema criminal norte-americano e serve o controle das eleições para alterar rumos de má condução de acordos, que exigem tão somente adesão voluntária e bem informada do acusado".

à Corte verificar o cumprimento dos requisitos da inteligência da declaração do acusado e a voluntariedade, conforme previsto na Federal Rules of Criminal Procedure 11[9], nos casos em que não se tratar de *drop charges*.

No *plea bargain* até poderia ocorrer a inclusão da indicação de elementos probatórios a serem utilizados contra outros sujeitos ativos, mas tal não lhe é inerente. Assim, a colaboração premiada nos moldes brasileiros pode ocorrer dentro do *plea bargain*, mas com ele não se confunde.

Nem mesmo o ANPP se assemelha ao *guilty plea* ou ao *nolo contendere* (mais próximo do *patteggiamento* italiano, a propósito), já que estes só podem ocorrer no curso da ação, enquanto aquele pode, inclusive, evitar a instauração da ação penal, caso o Ministério Público, recebido o inquérito e verificados os requisitos do 28-A do CPP, oferecer o acordo ao indiciado, não sendo antecipação de condenação, nem mesmo assunção de culpa (confissão).

Importante ressaltar que o que entendemos no ordenamento jurídico brasileiro como colaboração premiada, em que se exige mais do que a assunção de culpa, o compromisso de colaborar com a persecução de corréus e revelação da organização criminosa, se aproximaria mais do *cooperation agreement*, a exemplo do *non prosecution agreement* (não persecução) e do *deferred prosecution* (adiamento da persecução), muito pouco utilizados nos EUA, até porque possuem regramentos específicos.

Esses acordos são administrados pelo Departamento de Justiça (DOJ) em processos criminais e pela Securities and Exchange Commission (SEC) em ações de execução de valores mobiliários. Assim, no caso do DPA ou NPA, a colaboração é considerada prova nos EUA, enquanto no Brasil é entendida como meio de obtenção de prova. Isso porque o DOJ (Departament of Justice), ao propor o acordo, já tem outros dados que incriminam o possível delator.

Esses acordos são feitos antes do julgamento, entre o governo e a empresa/organização, sendo que, no NPA (non prosecution agreement), a empresa não é obrigada a se declarar culpada e não arca com os custos consideráveis das condenações criminais, já que não conduz acusações criminais, desde que coopere com o governo e cumpra as exigências para corrigir a violação, necessitando, para celebrar a avença, da aprovação de Procurador dos Estados Unidos ou de um Procurador assistente supervisor. A exigência de aprovação por um superior destina-se a proporcionar a revisão para garantir a uniformidade de políticas e práticas com relação a tais acordos, mas não é realizado no âmbito judicial.

No DPA (deferred prosecution agreement), o andamento do processo é sobrestado até o final de certo período, no qual a empresa deve demonstrar a satisfação das exigências previstas no acordo, sendo nomeado um monitor para acompanhar a execução das medidas que, caso atendidas, levarão a promotoria a renunciar às multas aplicadas[10]. Um DPA é feito com a aprovação ou supervisão de um juiz.

Assim, constituem as principais diferenças entre NPA e o DPA: 1) o NPA é celebrado em um

9 "(2) Ensuring That a Plea Is Voluntary. Before accepting a plea of guilty or nolo contendere, the court must address the defendant personally in open court and determine that the plea is voluntary and did not result from force, threats, or promises (Other than promises in a plea agreement)." Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11>. Acesso em: 12 mar. 2024.

10 "Under a deferred prosecution agreement, or a DPA as it is commonly known, DOJ files a charging document with the court,379 but it simultaneously requests that the prosecution be deferred, that is, postponed for the purpose of allowing the company to demonstrate its good conduct. DPAs generally require a defendant to agree to pay a monetary penalty, waive the statute of limitations, cooperate with the government, admit the relevant facts, and enter into certain compliance and remediation commitments, potentially including a corporate compliance monitor. DPAs describe the company's conduct, cooperation, and remediation, if any, and provide a calculation of the penalty pursuant to the U.S. Sentencing Guidelines. In addition to being publicly filed, DOJ places all of its DPAs on its website. If the company successfully completes the term of the agreement (typically two or three years), DOJ will then move to dismiss the filed charges. A company's successful completion of a DPA is not treated as a criminal conviction. [...] Under a non-prosecution agreement, or an NPA as it is commonly known, DOJ maintains the right to file charges but refrains from doing so to allow the company to demonstrate its good conduct during the term of the NPA. Unlike a DPA, an NPA is not filed with a court but is instead maintained by the parties. In circumstances where an NPA is with a company for FCPA-related offenses, it is made available to the public through DOJ's website. The requirements of an NPA are similar to those of a DPA, and generally require a waiver of the statute of limitations, ongoing cooperation, admission of the material facts, and compliance and remediation commitments, in addition to payment of a monetary penalty. If the company complies with the agreement throughout its term, DOJ does not file criminal charges. If an individual complies with the terms of his or her NPA, namely, truthful and complete cooperation and continued law-abiding conduct, DOJ will not pursue criminal charges." (UNITED STATES. A Resourse Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act. **U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission**, 2012, p. 76-77. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2024).

momento anterior ao oferecimento da denúncia, enquanto o DPA é negociado após a denúncia já ter sido apresentada, mas o Departamento de Justiça americano peticiona à Corte responsável que não prossiga com o processo imediatamente e, uma vez que o acordo seja cumprido plenamente, o DOJ descartará as acusações feitas; 2) o NPA normalmente não resulta em nenhuma acusação contra a empresa e não exige que a empresa admita a responsabilidade; por outro lado, o DPA exige que a empresa admita fatos suficientes para fundamentar uma acusação; 3) no DPA, o DOJ concorda que, em troca do cumprimento de certas condições pela empresa, ela não dará continuidade a uma ação judicial ou de execução civil; e 4) enquanto o DPA é protocolado no Tribunal Federal com um documento de cobrança e estão sujeitos à aprovação judicial, o NPA é simplesmente acordo por carta entre o DOJ e a entidade sujeita ao acordo.

Logo, dentro do campo da *cooperation agreement*, verificam-se processos negociais entre as autoridades de *enforcement* da lei, em particular da Foreign Corrupt Practices Act – FCPA, e as empresas, buscando o compromisso de fornecimento de informações que levem ao esclarecimento do funcionamento da organização criminosa e sua desarticulação, mas sem que isso resulte em prejuízo da atividade econômica, bem como reformas corporativas estruturais, que geralmente estão relacionadas à consolidação de programas de *compliance* e aperfeiçoamento de controles internos, além do ressarcimento pelos danos causados.

Nesses acordos (NPA/DPA), há a exclusão do poder judiciário do processo de negociação, sendo os poderes conferidos aos membros do Departamento de Justiça, amplamente discricionários, o que pode obviamente resultar em abusos, muitas vezes sendo utilizados grandes escritórios de advocacia nesses "negócios"; tal situação é expressa na observação externada por Marlos Corrêa da Costa Gomes (2020, p. 68):

> Com relação ao suposto monopólio regulatório e "judicial" exercido pelas autoridades de *enforcement*, alguns autores sugerem a participação obrigatória do judiciário em todos os casos que se proponham ser resolvidos por meio de acordos. A sugestão seria transferir para o poder judiciário a avaliação quanto ao atendimento de interesse público, condicionando a homologação dos acordos à participação das vítimas por meio de audiências públicas.

Assim, verifica-se, diante da situação apresentada, que a submissão desses acordos ao crivo do poder judiciário seria importante para afastar eventual abuso de poder, sobretudo porque há renúncia de direitos fundamentais e até aspectos processuais. Acrescente-se a isso que o NPA e a DPA somam, de certa forma, medidas típicas de acordos de leniência da Lei nº. 12.846/2013, da lei anticorrupção, regulamentada pelo Decreto nº. 11.129/2022, e da colaboração premiada, da Lei nº. 12.850/2013.

Constatamos assim que o sistema negocial brasileiro é o único dos três (Brasil, Itália e Estados Unidos) que: 1) determina a dupla e prematura análise judicial do acordo de colaboração; 2) possibilita que o juiz determine a adequação do acordo, implicando em participação, ao menos indireta, na construção do ato; 3) autoriza que um mesmo juiz rejeite, mande adequar ou homologue um acordo e ainda assim sentencie o colaborador – o que poderá ser sanado com a efetiva implantação, inclusive nas comarcas menores, do juiz de garantias.

5 - COLABORAÇÃO PREMIADA NO SISTEMA ACUSATÓRIO

Não há previsão expressa na Constituição Federal de 1988 de que o sistema adotado no Brasil seria o acusatório; todavia essa situação não impede que, numa análise sistêmica dos princípios e disposições nela insertas, possa concluir-se que o nosso modelo é orientado pelo sistema acusatório.

Extrai-se tal conclusão mormente do art. 129, inciso I, da CR/88, que dispõe ser o Ministério Público competente para promover, privativamente, a ação penal pública. Assim, o titular da ação penal (ressalvados os casos específicos), de regra, é o Ministério Público e, lado outro, a função de julgar pertence ao Judiciário, observado o princípio (fundamental) do juiz natural.

Reforçando tal entendimento, há ainda o poder do Ministério Público de presidir o inquérito civil, expressamente previsto na CR/88, em seu art. 129, incisos III e VI, sendo sua função institucional, ainda, "expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los".

Assim, verifica-se que dois elementos estarão sempre presentes, quando se trata do sistema acusatório, quais sejam: um acusador distinto do juiz e o fato de que a investigação consiste em uma atividade de natureza administrativa; sendo assim, "possível identificar a presença de dois elementos fixos, sendo um de ordem principiológica (princípio acusatório) e outro de ordem procedimental (forma de iniciar o processo)" (ANDRADE, 2013, p. 270).

Logo, se no referido sistema, formado a partir da reunião, ordenada e unificada, de elementos fixos e variáveis de natureza processual penal, não se pode aceitar a presença de um juiz instrutor na investigação, cabe então estabelecer quem poderia presidi-la, ou seja, a autoridade policial e o Ministério Público. Com relação a essa última figura, embora ainda exista entendimento em sentido contrário, prevalece o entendimento que consta no acórdão RE 593.727/STF, publicado em 08/09/2015, e no recente julgamento proferido em 25/04/2024, nas ADIs 2943, 3309 e 3318, de que, com fundamento na teoria dos poderes implícitos, é reconhecido ao Ministério Público o exercício de competências genéricas implícitas, em especial o poder investigatório criminal.

Vale ressaltar que, dentre as modificações trazidas pelo Pacote Anticrime, está o art. art. 3º-A do Código Penal, *in verbis*: "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". A expressão "estrutura acusatória" está presente também no art. 32, 5, da Constituição portuguesa: "O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência e os actos instructórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório".

Assim, adotou-se a expressão "estrutura" e não "sistema", tendo o STF, no julgamento das ADIs nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, em 24/8/2023, entendido, por maioria, que a estrutura acusatória do art. 3º-A do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, refere-se ao fato de que "o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito"; ou seja, a inspiração é do sistema acusatório, mas o juiz pode determinar a produção de provas, de ofício, nos casos previstos no CPP e há muito tempo criticados, como os arts. 156 e 209.

Destarte, o poder investigatório do Ministério Público está em harmonia com a mencionada estrutura acusatória prevista no Código de Processo Penal, já que, na nova redação do art. 28 do CPP, com o advento do Pacote Anticrime, está previsto o ordenamento de arquivamento tanto do inquérito policial, quanto de "quaisquer elementos informativos da mesma natureza", isto é, foi incluído o procedimento investigatório criminal presidido pelo *Parquet*. Assim, se entender que não estão presentes as condições de admissibilidade da acusação (oferecimento da denúncia), o Ministério Público promoverá o arquivamento do inquérito ou de qualquer elemento informativo que desempenhe a mesma finalidade (como o procedimento investigatório criminal).

Portanto, é sob a ótica da estrutura acusatória que deve ser interpretado e aplicado o instituto da colaboração premiada, sobretudo no que tange ao controle judicial sobre os acordos, razão pela qual o juiz se submete ao princípio da discricionariedade regrada, de modo que, uma vez protocolizado o acordo e preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos, não resta alternativa ao julgador senão a homologação.

Assim, se permitido ao juiz invadir o espaço de negociação, mesmo que controlando na fase de homologação os prêmios e aspectos meritórios, a lógica do sistema negocial é quebrada, passando o magistrado a gerir a prova, o que denotaria traços inquisitoriais em nosso sistema, embora a lei exclua o juiz de participar do acordo.

5.1 - DISCRICIONARIEDADE REGRADA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

No sistema acusatório, para que a imparcialidade do magistrado não reste comprometida, deve-se manter o juiz afastado da colheita das provas, mormente antes da denúncia, quando tal incumbência deve ser entregue ao Ministério Público, que é quem deve controlar as diligências investigatórias realizadas pela polícia de atividade judiciária, ou, se necessário for, realizá-las diretamente, formando sua *opinio delicti* e iniciando a ação penal.

Outrossim, com corolário da titularidade privativa da ação penal, ao Ministério Público é conferida ampla discricionariedade para, diante da

premissa investigativa adotada, determinar a produção ou colheita dos elementos probatórios que entender necessários para embasar a peça acusatória, conforme sua livre convicção.

Do mesmo modo, há liberdade negocial do órgão acusador, mantendo a tal fase afastada do controle judicial e, mesmo quando firmado o acordo, deve-se evitar a sindicância judicial da colaboração premiada, já que cabe ao membro do Órgão de Execução o juízo de oportunidade e conveniência.

A adoção da oportunidade no exercício da ação penal é tema do direito brasileiro, de conformação legal (CPP) e não constitucional. A disposição legal que prevê a possibilidade de não oferecer denúncia contra colaborador nos casos previstos pela lei, o chamado perdão ministerial, está em consonância com a ordem constitucional, porque o princípio da obrigatoriedade da ação penal é algo que decorre de lei ordinária.

É claro que o juiz, mesmo diante da mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal (§2º do art. 4º da Lei 12.850/2013), vai verificar o preenchimento dos requisitos para concessão do perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

Como no nosso ordenamento jurídico as exceções (à obrigatoriedade da ação penal e à imposição da pena integral) devem ser interpretadas restritivamente, bem como os benefícios processuais costumam seguir uma discricionariedade regrada, é preciso observar tal critério na negociação, sempre segundo a avaliação de utilidade e interesse público que cabe tão somente ao órgão de acusação.

O que se pretende com a negociação é alcançar um acordo que atinja os fins que a lei prevê, visando maior eficácia da persecução penal, chegando-se aos resultados elencados na Lei 12.850/2013, com a revelação da dinâmica do grupo criminoso e identificação de seus integrantes. E, como indicado por Filippetto e Rocha (2017, p. 157), "a discricionariedade nesse caso, excepcionalmente, é feita pelo acusador e não pelo julgador, vinculando este, uma vez homologado o ajuste".

Nesse ponto, vale destacar que uma das premissas do conhecido como "Método Harvard"[11] de negociação é a flexibilidade na apresentação de possibilidades, justamente ligada à discricionariedade da parte que a conduz: o titular da ação penal.

E é em busca dessa eficiência e do aparelhamento dos órgãos da persecução penal que o Estado precisa estar amparado legislativamente para atuar de modo a se chegar a uma maior sofisticação nos mecanismos de combate à criminalidade organizada, sobretudo à macrocriminalidade, constituindo instrumentos que afastam, ou ao menos reduzem significativamente, a impunidade *lato sensu*, mote que integra as obrigações processuais penais positivas, promovendo a punibilidade dos culpados, a partir da necessidade de se garantir à sociedade uma proteção eficiente, como nas palavras de Pereira e Fischer (2019, p. 75):

> São obrigações de dupla vinculação: negativas, vedando aos Estados a violação de Direitos Humanos; positivas, pois exigem das partes a adoção de medidas necessárias para tutelar esses direitos, impedindo a violação deles por terceiros e reprimindo eficazmente eventuais lesões a esses direitos.

E nesse aspecto é interessante que a mitigação da obrigatoriedade da ação penal, por meio dos acordos, também se apresenta como um instrumento de garantia, não do indivíduo (direito subjetivo), mas do Estado, justamente como uma obrigação processual positiva.

Destaque-se que o Brasil submeteu-se à jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), em 10 de dezembro de 1998, e, desde então, está juridicamente vinculado ao cumprimento de suas decisões (art. 68.1 da CADH), que devem orientar a conduta das autoridades nacionais em todos os poderes, órgãos e entes federativos, prevalecendo sobre todo o ordenamento interno infraconstitucional, conforme força normativa supralegal atribuída aos tratados de direitos humanos.

11 Peixoto (2017, p. 25) elaborou um guia de sete passos para ratificar o método, baseando-se na obra de Fisher, Ury e Patton, de onde se extrai a orientação para que o negociador "fale sobre coisas concretas, mas seja flexível: utilize o conceito da 'especificidade ilustrativa', tratando cada opção como simplesmente um ilustração/exemplo, para manter sua flexibilidade e facilitar a conversão dos seus interesses em opções específicas, mas sem amarrações imediatas. Não apenas se deve entrar em uma reunião com mais de uma opção específica, mas deve-se manter a mente aberta a novas opções".

O reconhecimento de mandados implícitos de criminalização pela Corte IDH impõe dever de adequação e eficiência das investigações, para materializar as obrigações assumidas pelo Brasil no plano internacional. Assim, as obrigações positivas em matéria penal exigem, além de outras providências, a adoção de políticas públicas que visem maior eficiência e estruturação dos órgãos responsáveis pela investigação, perícia técnica, persecução e processamento penal, determinando a alocação de recursos orçamentários minimamente compatíveis com tais necessidades, a entrega de insumos técnicos necessários, a preservação da cadeia de custódia de provas técnicas, a proteção de investigadores, operadores da justiça, testemunhas, vítimas e réus colaboradores, assim como maior eficiência nas investigações e processos relativos a graves violações de direitos humanos, traduzindo-se em regras de otimização da função estatal de investigação, persecução e processamento penal (ANDRADE, 2020, p. 85).

Ainda, sob a perspectiva individual e social, observa-se o que reza a teoria do garantismo penal, que vai além do entendimento de que, na doutrina de Luigi Ferrajoli, tal serve apenas como forma de proteção dos direitos e garantias individuais daqueles que sofrem a persecução penal (investigados ou acusados); nesse sentido apontou Fischer (2014, p. 130):

> Em nossa compreensão (integral) dos postulados garantistas, o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e segurança. Nesse momento do silogismo, é digno de nota que, também como imperativo constitucional (art. 144, caput, CF), o dever de garantir segurança (que se desdobra em direitos subjetivos individuais e coletivos) não está em apenas evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, da punição do responsável.

Na vertente que ampara a teoria do garantismo integral, e em contraposição à teoria do garantismo hiperbólico monocular, o Estado há que atuar no âmbito do ordenamento jurídico para garantir o exercício dos direitos fundamentais, perante a assunção da existência de deveres estatais de prevenção de crimes, ante o fenômeno da emergência investigatória (FONSECA, 2006, p. 116).

O avanço contemporâneo dos meios de comunicação, as organizações criminosas, o crime como atividade empresarial ilícita reforçam a função do Ministério Público de zelar para que o combate à criminalidade não seja estanque, intermitente. Tal desafio é constante. Nesse sentido, ante a necessidade da criação de mecanismos que possibilitassem dar maior suporte à produção probatória e da preservação da condição de terceiro imparcial do juiz, o Ministério Público experimenta um redimensionamento de suas funções, assumindo, exclusivamente, o papel negocial e premial nos feitos que englobem a criminalidade organizada, notadamente a política e a econômica/empresarial.

Em relação a situações específicas, poder-se-ia, inclusive, cogitar de avença sobre medidas que, embora não sejam previstas em lei, não são por ela vedadas, estando de acordo com os princípios que regem o processo penal, indo ao encontro da estrutura acusatória prevista em nosso ordenamento. Como negócio jurídico processual, a liberdade (regrada) de negociação é providência alusiva ao art. 26 da convenção de Palermo (Dec. 5.015/2004), que prevê que cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar os envolvidos em grupos criminosos organizados a cooperarem de forma proveitosa para a persecução penal.

Nesse sentido, em busca de normas e procedimentos que sejam manifestamente voltados à eficiência e celeridade é que a colaboração premiada surge. Mas, para que o referido instituto funcione efetivamente como aliado na persecução penal, deve o representante do Ministério Público dispor de real poder de negociação, sem excluir os meios de controle para evitar eventuais abusos, já que o respeito aos direitos e às garantias fundamentais constituem os limites que separam a ilegalidade da discricionariedade.

5.2 - CONTROLE INTERNO DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO

Diante da recente alteração do art. 28 do CPP, que estabelece que a homologação do arquivamento do inquérito policial passará para um controle interno do Ministério Público, poderia se questionar, ante esse novo regramento e tendo

em vista nosso modelo acusatório, se deveria o não oferecimento de denúncia pelo *Parquet*, em face de um acordo de colaboração que lhe confira imunidade, continuar a ser apresentado ao Poder Judiciário.

A resposta a tal questão parece que veio com o fim da suspensão do referido dispositivo, com o julgamento das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, publicado em 19 de dezembro de 2023, em que, por maioria, atribuindo interpretação conforme o *caput* do art. 28 do CPP, alterado pela Lei nº 13.964/2019, assentou-se que:

> [...] ao se manifestar pelo arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público submeterá sua manifestação ao juiz competente e comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial, podendo encaminhar os autos para o Procurador-Geral ou para a instância de revisão ministerial, quando houver, para fins de homologação, na forma da lei [...]. (BRASIL, 2023a).

A mencionada decisão do STF repristinou, em parte, o "velho" art. 28 do CPP, já que a decisão do MP pelo arquivamento foi interpretada como manifestação a ser submetida ao órgão julgador, reassumindo este o controle da supervisão quanto ao exercício da ação penal ou, no mínimo, condicionando tal ato a sua ciência. Tal entendimento tem sido alvo de questionamentos, já que no «novo» artigo 28 a redação utiliza a expressão «ordenado» o arquivamento, e não "manifestado" pelo arquivamento. De qualquer forma, no caso de discordância do juiz quanto ao arquivamento, tal decisão deverá ser levada à instância superior do MP.

De qualquer forma, está preservada a sistemática do controle interno do Ministério Público, mais condizente com o sistema acusatório, nos moldes do que já ocorria com o inquérito civil, conforme dispõe o art. 9º, §3º, da Lei 7.347/85.

Todavia, pode-se entender, então, que, na mesma toada, os acordos de colaboração premiada poderão receber também focada atenção dos órgãos de controle do próprio Ministério Público, sem significar interferência na independência funcional dos membros, obviamente, mediante atuação dos órgãos de coordenação, a disciplinar (e fiscalizar) o correto manejo desse importante instrumento jurídico-processual.

Nessa mesma direção e, mais uma vez, em atenção à estrutura acusatória, no caso do art. 4º, §8º, da Lei 12.850/13, em que o juiz devolve o acordo para que as partes promovam adequações indicadas pelo magistrado, em nelas não concordando, bem como no caso em que seja negada a homologação, cabe a reflexão se não seria o caminho mais acertado seguir a regra do art. 28, *caput* (homologação do arquivamento de inquérito), §1º (inconformismo da vítima com arquivamento do inquérito) e art. 28-A, §14 (inconformismo do investigado diante da recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal), todos do CPP, submetendo a matéria à revisão da instância competente dentro do próprio órgão ministerial.

Isso porque tal tormentosa atividade de adequação do acordo imposta pelo magistrado poderia desfigurar a imparcialidade judicial, já que o juiz continuará, dessa forma, com a possibilidade de redirecionar os rumos do pacto.

O que se verifica hoje é tão somente a possibilidade de interpor recurso de apelação (art. 593, II, do CPP), em caso de inconformismo com a decisão judicial de homologação do acordo de colaboração premiada, ao passo que, havendo sua recusa, há entendimento no STF de que é cabível interpor *habeas corpus*, como no HC 192063/RJ, ante a ausência de previsão legal de recurso próprio; e já no STJ há julgados no sentido de que caberia apelação, como no REsp 1.834.215, que, ainda, admitiu a correição parcial pela fungibilidade recursal (art. 579 do CPP). Vale acrescentar que, antes da homologação, poderá ocorrer a retratação da proposta de colaboração premiada (desistência do acordo até a sua assinatura), devendo a acusação, caso seja a pedido dela, motivar e apresentar justa causa, sem ter que submeter tal decisão ao controle judicial, nos termos do art. 3º-B, §§ 2º e 6º, e art. 4º, §10, da Lei 12.850/13.

Tanto na hipótese acima, quanto na que o Ministério Público, justificadamente, sumariamente indeferir o acordo (art. 3º-B, §1º, da Lei 12.850/2013), no caso de inconformismo da defesa nesses casos, vislumbra-se como único caminho possível justamente o controle interno por órgão superior dentro do Ministério Público, como ocorre na recusa ministerial de realizar o acordo de não persecução penal (art. 28-A, §14, do CPP), já que se trata de decisões irrecorríveis, não tendo, inclusive, o investigado direito subjetivo à celebração do ajuste.

Do mesmo modo, questiona-se o fato de o art. 3º-B, §4º, da Lei 12.850/2013 dispor que "o acordo de colaboração premiada poderá ser precedido de instrução", mas sem indicar de quem seria a iniciativa do ato instrutório e nem sua amplitude e profundidade. Contudo, levando-se em conta a estrutura acusatória, o melhor entendimento é que somente as partes do acordo podem pedir a instrução para solidificar as evidências, possibilitando a homologação.

Se a colaboração é proposta na fase investigativa, o que ocorre via de regra, tal instrução prévia deve ser conduzida pela autoridade que preside o procedimento investigatório (membro do Ministério Público ou o delegado de polícia no bojo de inquérito policial), não sendo justificável que a autoridade judicial possa se opor a tal medida; contudo, se necessária diligência que demande reserva de jurisdição, caberá à autoridade celebrante fazer o pedido ao juiz competente/juiz das garantias.

E o Ministério Público poderá, ainda, se valer de mais um prazo de 6 (seis) meses, prorrogáveis, após a assinatura do termo de colaboração, se esse período for necessário para o cumprimento de todas as medidas de colaboração assumidas no acordo. A maior utilidade do referido prazo é, justamente, estabelecer um período para checagem do cumprimento das medidas de colaboração para que não haja indevida extinção sumária de punibilidade daquele que não é merecedor da benesse.

Todavia, nesse caso, há tal medida que passar pelo controle judicial, já que implicará na suspensão do prazo prescricional. E, em o magistrado discordando desse pedido de suspensão, caberia qual recurso? Mais uma vez, vislumbra-se, em uma analogia do que reza o art. 28 do CPP, o controle interno da decisão; nesse sentido se posicionam Masson e Marçal (2021, p. 227):

> Assim, se o Promotor de Justiça requer a suspensão do prazo para o oferecimento da denúncia contra o colaborador e o magistrado discorda do pleito, deverá ser acionada a *instância superior de revisão ministerial*, o qual competirá tomar uma das seguintes decisões: (a) a designação de outro membro do Parquet para o imediato oferecimento da denúncia; (b) aderir ao entendimento do Promotor de Justiça e insistir na suspensão do prazo (prorrogação), hipótese em que o termo *a quo* da suspensão será contado a partir da sua promoção.

Logo, é justamente por existirem mecanismos internos de controle dentro do Ministério Público que vale refletir se não seria o controle judicial sobre os acordos não raro uma ingerência, indo de encontro à ampliação de espaços de consenso e à estrutura acusatória existente no nosso ordenamento jurídico, já que o titular da ação penal e, muitas vezes, o condutor das investigações é o *Parquet*. Cabe a este a verificação dos requisitos para a avença, já que, em nome da independência funcional, não caberia reapreciação do critério de conveniência e oportunidade para negociação.

6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em linhas gerais, buscou-se analisar no presente trabalho o controle judicial sobre os acordos de colaboração premiada, na fase homologatória, em consonância com o sistema acusatório. O fio condutor da narrativa foi a decisão do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da QO Pet. 7074/DF, no qual se firmou que essa primeira apreciação é precária, não devendo avaliar o mérito dos termos do acordo, restando para a fase final de sentença o juízo sobre os termos do acordo de colaboração, seu cumprimento e sua eficácia. Tal entendimento, no presente trabalho, é transportado para o debate acerca das implicações em se aplicar o requisito da legalidade, em sua modalidade estrita, sobretudo com as modificações inseridas na Lei 12.850/2013 pela Lei 13.964/2019.

Para compreender a questão de fundo que envolve a pergunta proposta, especialmente no que se refere ao controle judicial, foi necessário fazer uma breve incursão na análise da natureza jurídica do acordo de colaboração premiada, passando para a análise dos requisitos para o acordo de colaboração, ocasião em que se chegou a julgados que admitiram a concessão de prêmios atípicos, entendendo que o critério da legalidade estrita seria apenas naquilo que milita em favor do acusado, caminho a ser considerado.

Verificou-se que os novos requisitos inseridos pelo Pacote Anticrime, a Lei 13.964/2019, a adequação dos resultados e dos benefícios, se entendidos como objeto de controle judicial no primeiro momento (fase homologatória), constituem grande limitador da discricionariedade do órgão acusador e das possibilidades de negociação.

Para compreender como esses elementos poderiam influenciar na aplicação da justiça negocial, foi preciso adentrar nas regras existentes na justiça penal negocial de países que adotaram a *common law* (Estados Unidos) e a *civil law* (Itália), e as formas de realização da persecução penal efetiva resultante.

Chegou-se à conclusão de que o ordenamento jurídico brasileiro apresenta uma mitigação do princípio da obrigatoriedade, algo que não ocorre no espaço de negociação do sistema italiano, ao passo que não possui o órgão de acusação brasileiro a ampla discricionariedade para estabelecer os termos do ajuste, como ocorre na prática estadunidense, onde há ajustes (NPA) que, inclusive, excluem o controle do poder judiciário, o que leva a persecução penal a um "balcão de negócios", em nome de uma celeridade, o que também não é recomendável para realizar a justiça efetiva.

De qualquer forma, por meio deste estudo comparativo dos sistemas, foi possível se chegar à constatação de que apenas o Brasil, dentre os três ordenamentos jurídicos comparados, possui previsão de dupla análise judicial do acordo de colaboração premiada.

A pergunta foi respondida no último tópico do estudo, com amparo na construção teórica até então erigida. Para verificar se não seria possível outra forma de controle sobre os acordos que respeite uma maior discricionariedade do órgão acusador e um afastamento do órgão julgador, limitando o controle judicial sobre as avenças, foi necessário então incursionar no tema referente ao sistema acusatório adotado pela justiça penal brasileira, relacionando os poderes do Ministério Público brasileiro e as obrigações processuais positivas dentro do controle de convencionalidade, e as formas de supervisão interna existentes e possíveis de serem aplicadas sobre os atos negociais.

De todo o estudo, percebe-se que o controle judicial exercido na fase homologatória, embora pretenda garantir a segurança jurídica do colaborador, pode culminar na inaplicabilidade do acordo, principalmente se realizada com base em elementos que levem em conta legalidade estrita e uma cognição vertical sobre seus termos, adentrando, mesmo que indiretamente, em seu conteúdo, quando da análise dos elementos de adequação com benefícios e resultados almejados.

A partir da identificação das normas e princípios aplicáveis, aliados às reflexões partilhadas com o marco teórico escolhido, concluiu-se pela possibilidade de se admitir maior discricionariedade na negociação levada a cabo pelo órgão de acusação, bem como uma mitigação do controle judicial do acordo de colaboração premiada no primeiro momento em que é submetido para apreciação, na fase homologatória ou, até mesmo, pensar um sistema em que essa análise inicial fosse realizada via controle interno do Ministério Público.

A conclusão pode ser alcançada a partir da interpretação sistemática dos princípios da oportunidade, da imparcialidade judicial aliados ao da eficiência, bem como à conscientização de que, para realizar a difícil tarefa de combater os grupos criminosos, sobretudo a macrocriminalidade, há que se admitir maior liberdade na negociação, de forma a promover uma real valorização do instituto e não seu esvaziamento, desde que em consonância com o sistema jurídico como um todo e alicerçado em uma justiça penal efetiva e célere que não gere a expectativa da impunidade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. Obrigações positivas em matéria penal: efeitos e limites da jurisprudência interamericana em caso de violações de direitos humanos. *In*: NORONHA, João Otávio de; ALQUERQUE, Paulo Pinto de (Org.). Comentário da Convenção Americana dos Direitos Humanos. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n.º 77, jul./set. 2020. p. 57-86.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e sua investigação criminal**. 2. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2006.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

BASSI, Guido Stampanoni. **Profilli processuali della disciplina sui cosiddetti collaboratori di giustizia**, Dissertação (Mestrado em Direito) – Facoltà di Giurisprudenza, Libera Università Maria Ss. Assunta, 2010.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Editora Juruá, 2016.

BRASIL. Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 mar. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 5 abr. 2023.

BRASIL. Decreto n.º 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 jan. 2006. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeor DoAcordao?num_registro=202201006415&dt_publicacao=17/03/2023. Acesso em: 5 abr. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 5 abr. 2023.

BRASIL. Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 jul. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm. Acesso em: 5 mar. 2024.

BRASIL. Lei n.º 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências (Revogada pela Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006). **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10409.htm. Acesso em: 5 mar. 2024.

BRASIL. Lei n.º 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 5 abr. 2023.

BRASIL. Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 dez. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 5 abr. 2023.

BRASIL. Ministério Público Federal – 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção. Orientação Conjunta nº 01, de 23 de maio de 2018. 2018a. **Acordos de Colaboração Premiada**. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao- tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao--conjunta-no-1-2018.pdf. Acesso em: 29 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Originária 2275/RN**. 23 de outubro de 2018. 2018a. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: https://www.jusbrasil. com.br/jurisprudencia/stf/768166999/inteiro-teor-768167009. Acesso em: 30 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6298. Relator: Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**, 19 de dezembro de 2023. 2023a. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/ paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773560651. Acesso em: 30 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AO 2.275/RN. Relator Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**, 23 de outubro de 2018. 2018b. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749258826. Acesso em: 4 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1175650. Tribunal Pleno. Relator Ministro Alexandre de Moraes. **Diário de Justiça Eletrônico**, 5 de outubro de 2023. 2023b. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP &docID=771421563. Acesso em: 4 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 127483. Relator: Dias Toffoli. **Diário de Justiça Eletrônico**, 21 de novembro de 2022. 2022a. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/ paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666. Acesso em: 5 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n.º 796**. Repercussão geral em 6 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 7074 QO. Relator: Edson Fachin. **Diário de Justiça Eletrônico**, 3 de maio de 2018. 2018c. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14751660. Acesso em: 3 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 7.074/DF**. 29 de junho de 2017. 2017b. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14751660. Acesso em: 30 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl na Pet n. 13.974/DF. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Relator para acórdão: Og Fernandes. **Diário de Justiça Eletrônico**, 28 de novembro de 2022. 2022b. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b= ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true&operador=e&livre=%28%28+%28PET+13974%29%29%29+E+%40CDOC%3D%272234188%27. Acesso em: 3 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 354.800/AP. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. **Diário de Justiça Eletrônico**, 26 de setembro de 2017. 2017a. Disponível em: https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1634630&tipo=0&nreg=20160 1099203&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170926&formato=PDF&salvar=false. Acesso em: 8 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 582.678/RJ. Relatora: Ministra Laurita Vaz. **Diário de Justiça Eletrônico**, 21 de junho de 2022. 2022c. Disponível em: con.stj. jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001170263&dt_publicacao=21/06/2022. Acesso em: 5 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 79.103/RS. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. **Diário de Justiça Eletrônico**, 7 de abril de 2017. 2017b. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201603148307&dt_pu blicacao=07/04/2017. Acesso em: 4 abr. 2024.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 133, ano 25, p. 133-171, jul. 2017.

CAPEZ, Rodrigo. A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada. *In*: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coord.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 201-236.

CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada**: atualizada pela lei anticrime. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional comparado**: introdução, teoria e metodologia. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000.

DE CARVALHO BECKE, C. F. S. Matriz teórica da *common law* inglesa e sua influência no Direito Internacional público costumeiro. Simpósio de Pesquisa e Seminário de Iniciação Científica, [S. l.], v. 1, n. 2, 2018. **Anais...** Disponível em: https://sppaic.fae.edu/sppaic/article/view/32. Acesso em: 5 mar. 2024.

ESTADOS UNIDOS. A recourse guide to the U.S. foreign corrupt practices act. **U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission**, 2012. Disponível em: https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf. Acesso em: 8 mar. 2024.

ESTADOS UNIDOS. **Federal rules of criminal procedure 11**. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11. Acesso em: 12 mar. 2024.

FERNANDES, Leonardo Araújo de Miranda. **Pechincha criminal:** um estudo de caso da colaboração premiada dos executivos da J&F Investimentos diante do novo paradigma consensual penal. Salvador: JusPodivm, 2021.

FILIPPETTO, Rogério; ESTEVES, Gustavo Henrique Alves. **Colaboração premiada**: visão a partir do garantismo e do modelo cooperativo de processo. São Paulo: Revista dos Tribunais [Recurso Eletrônico], 2020. v. 1011, p. 325-354. Disponível em: https://www.academia.edu/42388397/Colabora%C3%A7%C3%A3o_Premiada_RT. Acesso em: 30 abr. 2024.

FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas. **Colaboração premiada:** contornos segundo o sistema acusatório. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo integral? **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 9, p. 110–153, 2014. Disponível em: https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/77. Acesso em: 4 maio 2024.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2022.

GEBRAN NETO, João Pedro. Reflexões sobre acordo de colaboração premiada. *In*: GEBRAN NETO, João Pedro (org.). **Colaboração premiada:** perspectivas teóricas e práticas. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2020.

GOMES, Marlos C. C. G. Acordos de não persecução penal por infrações econômicas: análise do modelo consensual dos Estados Unidos. *In*: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da (Org.). **Estudos de compliance criminal**. Porto Alegre: Fi, 2020. p. 49-72. Disponível em: https://www.cpjm.uerj.br/wp-content/uploads/2020/08/48d206_f1addba45fcb4515a90abf1bb5999635.pdf. Acesso em: 8 mar. 2024.

ITALIA. Códice di Procedura Penale. Decreto del Presidente della Repubblica, 22 de setembro de 1988, n. 477. **Gazzetta Ufficiale** n.250, del 24-10-1988 - Suppl. Ordinario n. 92 Disponível em: https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/codiceProceduraPenale. Acesso em: 5 mar. 2024.

ITALIA, **Costituzione Della Repubblica Italiana**. 1948. Disponível em: La Costituzione della Repubblica Italiana. Acesso em: 5 mar. 2024.

ITALIA. Costituzione italiana. Edizione in lingua portoghese. **Senatto della Republica**, Roma, 2018. Disponível em: https://www.senato.it/sites/default/files/media- documents/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 6 mar. 2024.

ITALIA. Decreto-Legge 15 gennaio 1991, n. 8. Nuove misure in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione di coloro che collaborano con la giustizia. **Gazzetta Ufficiale**, Roma, 15 marzo 1991, n. 82. Disponível em: <https://www.gazze ttaufficiale.it/eli/id/1991/03/16/091A1317/sg>. Acesso em: 7 mar. 2024.

MARMELSTEIN, George. **Efeito *backlash* da jurisdição constitucional:** reações políticas ao ativismo judicial. *In*: SEMINÁRIO ÍTALO-BRASILEIRO, 3, 2016, Bolonha, Itália. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdicao.Constitucional_1.pdf. Acesso em: 7 maio 2024.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2021.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Código de** ética **e disciplina da OAB**. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaooab/codigodeetica.pdf. Acesso em: 30 abr. 2024.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CLETO, Vinicius Hsu. A colaboraçãopremiada: paralelos de direito brasileiro, italiano e estadunidense. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania**, Londrina, v. 3, n. 2, p. 166-182, jul/dez. 2018.

PAULINO, Galtiênio da Cruz. Colaboração premiada: aspectos práticos e a visão dos tribunais superiores. *In:* PAULINO, Galtiênio da Cruz *et al*. (org.). **Técnicas avançadas de investigação**: perspectivas práticas e jurisprudenciais. Brasília: ESMPU, 2021. v. 1, p. 135 - 170.

PEIXOTO, José Roberto da Cunha. Elementos da negociação – critérios objetivos. *In*: MARASCHIN, Márcia Uggeri (org.). **Manual de negociação baseado na teoria de Harvard.** Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. Brasília: EAGU, 2017. p. 21-37.

PEREIRA, Frederico Valdez. Apontamentos sobre a colaboração premiada na Lei Anticrime. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 174, 2020. p. 199-254. São Paulo: Ed. RT, dez./2022. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b000001876c4d23b05e7fb012&docguid=I39dec710339f11ebbd53f0d39299cc10&hitguid=I39dec710339f11ebbd53f0d39299cc10&spos=1&epos=1&td=46&context=98&crumb=-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true &isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 10 abr. 2023.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada legitimidade e procedimento**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2016.

PEREIRA, Frederico Valdez. Eficácia da colaboração premiada e controle judicial. Homologação e sentenciamento. *In*: GEBRAN NETO, João Pedro (org.). **Colaboração premiada**: perspectivas teóricas e práticas. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2020. p. 125-145.

PEREIRA, Frederico Valdez; FISCHER, Douglas. As obrigações processuais penais positivas segundo os precedentes das cortes europeia e interamericana de direitos humanos. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**. Fortaleza: PGJ/ESMP/CE, v. 11, n. 1, p. 59-88, 2019.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; CASELATO JUNIOR, Dalbertom. Efetividade e eficácia da colaboração premiada como chaves para a compreensão dos limites da atuação judicial. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, v. 18, n. 74, p. 221-240, 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/41113532/Efetividade_e_efic%C3%A1cia_ da_colabora%C3%A7%C3%A3o_premiada_como_chaves_de_compreens%C3%A3o_para_o s_limites_da_atua%C3%A7%C3%A3o_judicial . Acesso em: 6 abr. 2024.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. Funcionalização e expansão do direito penal: o direito penal negocial. **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 13, n. 1, p. 377-397, 2016. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/104885/funcionalizacao_expansao_direito_suxberger.pdf. Acesso em: 4 mar. 2024.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. **Lost in translation:** o *hearsay* segundo o Superior Tribunal de Justiça. 2024. Disponível em: https://temasjuridicospdf.com/lost-in-translation-o-hearsay-segundo-o-superior-tribunal-de-justica/. Acesso em: 23 abr. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais**. Roma: Conselho da Europa, 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por. Acesso em: 5 mar. 2024.

VALIATI, Matheus de Souza. **Colaboração premiada:** origens e conceito. Toda Matéria, 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-fev-28/operacao-maos-limpas- completa-30-anos-legado-negativo. Acesso em: 7 mar. 2024.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

OS DANOS DE NATUREZA EXTRAPATRIMONIAL NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA: O PODER-DEVER DE FIXAÇÃO PELO JUIZ NAS INFRAÇÕES PENAIS COMETIDAS EM FACE DOS BENS JURÍDICOS COLETIVOS AMPLAMENTE CONSIDERADOS

LEONARDO DINIZ FARIA

OS DANOS DE NATUREZA EXTRAPATRIMONIAL NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA: O PODER-DEVER DE FIXAÇÃO PELO JUIZ NAS INFRAÇÕES PENAIS COMETIDAS EM FACE DOS BENS JURÍDICOS COLETIVOS AMPLAMENTE CONSIDERADOS

LEONARDO DINIZ FARIA

PROFESSOR ORIENTADOR: GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS:
CP – Código Penal
CPP – Código de Processo Penal SJTJ – Superior Tribunal de Justiça STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO 206

2 - O BEM JURÍDICO E SUA NOVA COMPREENSÃO NO PERÍODO PÓS- MODERNIDADE 208
E A REPARAÇÃO DE DANOS COMO OBJETIVO FUNDANTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL

3 - O NOVO CONSTITUCIONALISMO E OS BENS JURÍDICOS COLETIVOS 209
SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4 - DOS BENS JURÍDICOS COLETIVOS E DA REPARAÇÃO 211
DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NA ESFERA PENAL

4.1 - DAS CATEGORIAS DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS, ... 212
DAS NOVAS CONCEPÇÕES NA PÓS-MODERNIDADE E DA PERSECUÇÃO PENAL

5 - REPARAÇÃO DOS DANOS NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E DA 215
CONFORMAÇÃO AO PAPEL DA VÍTIMA COMO SUJEITO DE DIREITOS NO PROCESSO PENAL

5.1 - REPARAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS 217
NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

6 - DO ATUAL ESTÁGIO DA JURISPRUDÊNCIA QUANTO 220
À REPARAÇÃO DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS
NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E DA ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DO MPMG

6.1 - DA ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO..... 223

7 - CONCLUSÃO..... 224

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 225

1 - INTRODUÇÃO

Da leitura conjugada dos arts. 186 e 927 do Código Civil brasileiro, extrai-se a máxima, em sede de responsabilidade civil, de que todo aquele que por ação ou omissão, de forma dolosa ou culposa, violar direito e causar dano a outrem, comete ato ilícito, ensejando, por consequência, o dever de repará-lo.

E, embora prevaleça a consabida independência entre as esferas cível e criminal, ressalvadas as hipóteses legalmente estabelecidas (arts. 935, Código Civil), é certo que, na perspectiva da existência da infração penal reconhecida por um título condenatório, após o devido processo legal penal, exsurge a necessidade de imposição da reparação do dano causado pela prática ilícita penal.

A sentença penal condenatória, além dos efeitos penais dela decorrentes, primários e secundários, impõe também, por expressa determinação do art. 91, inciso I do Código Penal, tornar certa a obrigação de reparar o dano causado pela infração penal, exigência imposta como requisito do título condenatório criminal, a partir do advento da Lei 11.719/2008, com a inclusão do inciso IV ao art. 387 do Código de Processo Penal.

Tem-se aí, portanto, evidente hipótese de interseção das responsabilidade civil e penal, em que, nada obstante vigente o sistema de independência entre essas esferas, há expressas hipóteses, por outro lado, de vinculação entre as instâncias, a exemplo do contido nos arts. 65, 66 e 386, incisos I, IV, todos do Código de Processo Penal.

Partindo dessa premissa, essencial que nas infrações penais cuja titularidade passiva seja atribuída à coletividade, se estabeleça, de igual maneira, a reparação dos danos causados pela prática delituosa, notadamente aqueles de natureza extrapatrimonial.

E aqui reside o problema delimitado na presente pesquisa, sob a seguinte indagação: cuidando-se de ação penal que versa sobre bens jurídicos penais coletivos, titularizados pela coletividade, é possível e inclusive necessária a fixação dos danos de natureza extrapatrimonial como efeito extrapenal obrigatório da sentença penal condenatória, considerando os prejuízos causados pela infração penal?

A formulação tem sua relevância prática e teórica, considerando que, mesmo após a edição da destacada Lei 11.719/2008, na prática atual pouco se tem concretizado a esse respeito. Tal efeito extrapenal – reforça-se, obrigatório – da sentença condenatória ainda não ocupa o necessário espaço de efetividade, especialmente quando se trata de danos de natureza extrapatrimonial, envolvendo a coletividade como sujeito passivo das infrações penais.

A importância daí decorrente se revela na medida em que se deve buscar, na seara criminal, assegurar, além da fixação da pena devida, a reparação integral dos danos causados nas infrações penais que ensejam a violação aos bens jurídicos titularizados pela coletividade.

A escolha de tais bens jurídicos, conforme se verá, e a efetivação de sua reparação, deve partir da compreensão extraída e determinada pela Constituição, que, ao estabelecer os direitos fundamentais por ela tutelados, impõe a substância e o modelo de proteção aos interesses e valores que devam ser salvaguardados pelo ordenamento jurídico.

Necessário, deste modo, conceber os bens jurídicos penais de natureza coletiva, objeto deste estudo, levando-se em conta os direitos e deveres constitucionais fundamentais estabelecidos, promovendo-se, ainda, o necessário diálogo com as demais fontes normativas que regram a atividade reparatória na esfera penal.

O poder-dever imposto ao magistrado de estabelecer, com clareza e efetividade, a reparação devida, em todas as suas formas e espécies, uma vez comprovada a infração penal, é medida que possui, portanto, assento e comando decorrente da cogência das normas constitucionais.

Neste cenário, o Ministério Público possui papel de destacada relevância na consecução desta providência, considerando se tratar do titular exclusivo da ação penal pública (art. 129, inciso I, CR/88) e como garantidor dos direitos fundamentais, que conduzem sua força normativa para a identificação dos bens jurídicos de natureza transindividual e a necessidade, por conseguinte, da reparação integral dos danos causados por sua violação.

A presente pesquisa se alinha, portanto, ao objetivo proposto no curso de Pós-Graduação em análise, considerando a análise das ciências criminais sob a perspectiva de atuação do Ministério Público.

Como hipótese divisada, tem-se a seguinte proposição: considerando que a sentença penal condenatória deve fixar a reparação mínima pelos danos causados pela infração penal, conforme estabelecido pelo art. 91, I, Código Penal e art. 387, IV, Código de Processo Penal, afigura-se poder-dever do magistrado, no momento da prolação da decisão condenatória, o estabelecimento dos danos extrapatrimoniais suportados pela coletividade, nas hipóteses em que figurar como sujeito passivo das infrações penais praticadas.

Dos objetivos geral e específicos delimitados, extraímos o de caráter geral - demonstrar a possibilidade e necessidade de fixação dos danos extrapatrimoniais decorrentes de lesão aos bens jurídicos penais supraindividuais, por ocasião da prolação da sentença penal condenatória, nas hipóteses em que figurar a coletividade como sujeito passivo da infração penal. Quantos aos objetivos específicos, assim os relacionamos: delinear a compreensão do bem jurídico e a reparação de danos; tratar do novo Constitucionalismo e os bens jurídicos coletivos como direitos fundamentais; delimitar os bens jurídicos coletivos e a reparação de danos extrapatrimoniais na esfera penal e, subtópico, estabelecer as categorias dos danos extrapatrimoniais, das novas concepções na pós-modernidade e da persecução penal; definir a reparação dos danos na sentença penal condenatória e a conformação ao papel da vítima como sujeito de direitos no processo penal; estabelecer a reparação dos danos extrapatrimoniais na sentença penal condenatória; relacionar o atual estágio da jurisprudência quanto à reparação de danos extrapatrimoniais na sentença penal condenatória e a atuação estratégica do Ministério Público de Minas Gerais.

Quanto à metodologia estabelecida, adotou-se neste trabalho uma postura metodológica voltada para uma investigação interdisciplinar, buscando sempre uma correlação de distintos ramos do Direito, levando-se em consideração as distintas possibilidades de fixação de danos para reparação das infrações penais em que haja violação a bens jurídicos-penais de natureza coletiva, com abordagem qualitativa, com pesquisa teórica em doutrinas e artigos científicos.

Escolhida como opção metodológica, as vertentes jurídico-sociológica e jurídico-dogmática foram as mais indicadas para o tipo de pesquisa aqui tratado, uma vez que se buscou a compreensão do fenômeno jurídico no ambiente social mais amplo, da efetividade do Direito Penal na sociedade, como instância efetiva de reparação dos danos causados aos bens jurídicos- penais coletivos, à luz da força normativa da Constituição e da eficácia dos direitos fundamen- tais coletivos.

Considerando-se as investigações realizadas sobre a eficácia e efetividade da norma processual penal, fez-se com que fosse necessária a adoção do raciocínio dedutivo. Os tipos genéricos adotados consistem nos modelos compreensivo e hermenêutico, com o fim de buscar a melhor compreensão a respeito do instituto da reparação de danos na sentença penal conde- natória e apontar qual a interpretação mais adequada a respeito da norma.

Quanto ao método, como processo para exame da hipótese, foram utilizados os métodos teóricos (bibliográfica) e análise de jurisprudência. As fontes utilizadas na busca da melhor realização da investigação abrangem as fontes diretas como as doutrinas, legislações, jurisprudências a respeito do assunto.

Em arremate, quanto ao marco teórico, adotou-se a compreensão de Almeida e Costa, 2019 sobre os bens jurídicos-penais coletivos acima já delineada, que consistirá no fio condutor deste trabalho pesquisa para, a partir desta concepção, se demonstrar que a violação a esta nova categoria de bens jurídicos exige, por consequência, a imposição de sua reparação no âmbito da sentença penal condenatória.

A partir destas breves explanações, revela-se, portanto, necessário o enfrentamento do tema para demonstrar que o juízo criminal é também espaço adequado e necessário para não só definir a responsabilização criminal, mas também, a partir dela, ensejar a necessária reparação dos danos causados pela infração, em especial na tutela dos bens jurídicos penais titularizados pela coletividade, garantindo-se que tal providência se dê em observância à economia e efetividade processual e à luz da garantia constitucional da duração razoável do processo, da inafastabilidade da jurisdição e da efetivação dos direitos fundamentais.

2 - O BEM JURÍDICO E SUA NOVA COMPREENSÃO NO PERÍODO PÓS- MODERNIDADE E A REPARAÇÃO DE DANOS COMO OBJETIVO FUNDANTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Reconhecer e delimitar, apriorística e dogmaticamente, a conceituação de bem jurídico não se cuida de tarefa fácil. Sua compreensão carrega, de forma intrínseca, o plexo e complexo que compõe o tecido social que dá substância a determinada comunidade e que permeia os valores e interesses cuja proteção é objetivada pela norma penal.

A análise desta almejada delimitação no campo penal "situa no cerne do conceito material de crime o bem jurídico, objeto de um interesse jurídico: a conduta é materialmente criminosa se lesiona ou expõe a perigo um bem jurídico relevante para o convívio das pessoas em sociedade" (Goes Lima, 2020, p. 126).

Representa, portanto, "a situação valiosa da vida individual ou social que se procura assegurar, constituindo, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo Direito." (Goes Lima, 2020, p. 127).

Tal definição, por sua importância, traz consigo a necessária carga de relevância que dita a relação entre os interesses e valores tutelados pelo ordenamento jurídico, com enfoque na norma penal, com a correspondente definição da responsabilidade do agente infrator, a fixação da pena devida e a reparação dos danos causados pelo ato ilícito praticado.

A ideia de dano compreende, neste prisma, a lesão a bens juridicamente protegidos pelo ordenamento jurídico, eleitos pela norma penal, ainda que sob a já conhecida ótica da subsidiariedade, do que são exemplos a vida, o patrimônio, a honra, a liberdade, o nome, a imagem, entre outros (Filho, 1994), acarretando uma redução suportada pela esfera patrimonial ou moral do ofendido.

A existência do dano causado pela prática da infração penal faz parte também, diante da coexistência entre os sistemas, da estrutura fundante da responsabilidade civil, somado ao nexo causal e à ação lesiva, chegando-se ao tríplice pilar que fundamenta a perspectiva da responsabilidade civil, que espraia, por essa relação de interdependência, suas consequências para outras áreas do Direito, como a penal, foco do presente estudo.

A partir desta lógica, o interesse em restabelecer o equilíbrio violado pelo dano é a fonte geradora da responsabilidade civil. Na responsabilidade civil, classicamente, são a perda ou a diminuição verificadas no patrimônio do lesado ou o dano moral que geram a reação legal, movida pela ilicitude da ação do autor da lesão ou pelo risco criado (Diniz, 2024).

O paralelo que se pretende aqui estabelecer parte da correlação que se extrai entre a escolha dos bens jurídicos penais pela norma jurídica, sua violação pelo autor da conduta alvo do tipo penal e a causação do dano, a demandar sua correspondente reparação, além da aplicação da pena, conforme antes ressaltado.

Desta brevíssima compreensão, ressai a importância de se buscar, como início da trajetória a ser percorrida no presente trabalho, os novos rumos que norteiam a compreensão do ordenamento jurídico e, em especial, do Direito Penal.

Para isso, uma simples indagação já nos demonstra a necessidade de superação do modelo clássico individual dos bens jurídicos penais (não a sua eliminação, por evidente): as novas formas de violação a interesses e direitos de titularidade difusa, pertencentes a todo um agrupamento social, impõem, por consequência, a reformulação e a expansão da noção dos bens jurídicos – e a consequente reparação advinda de sua violação – outrora concebidos?

A resposta há de ser, necessariamente, afirmativa.

O novo modelo social estabelecido a partir de novos paradigmas da modernidade, ao que se tem como um de seus marcos o período pós Revolução Industrial, com o surgimento de novos padrões de comportamento e consumo e novas definições das relações sociais, passou a exigir da estrutura normativa vigente uma perspectiva ampliativa para compreender a tríade que fundamenta a noção de responsabilidade civil.

Novas formas de violações surgiram, impactando, por inafastável consequência, o modo como o ordenamento jurídico deve se pautar para restabelecer o *status quo ante,* exigindo que o Direito, sob a compreensão de sua teoria tridimensionalista – fato, valor e norma – trazida por Miguel Reale, se adeque às transformações sociais que com ele dialoga.

O novo formato de sociedade de massa pós-revolução industrial trouxe consigo, desta forma, a massificação também das violações, acentuando o caráter supraindividual das lesões envolvendo grupos, classes e coletividades (Goes Lima, 2020).

Potencializaram-se, portanto, em larga escala, as dimensões de propagação dos atos ilícitos, repercutindo também de forma coletiva, rompendo a noção estritamente individual das formas de violação, pluralizando-se os polos da relação entre agente infrator e indivíduos lesados, na lógica do alargamento dos riscos sociais trazida por Ulrich Beck, em sua conhecida obra Sociedade de Risco.

3 - O NOVO CONSTITUCIONALISMO E OS BENS JURÍDICOS COLETIVOS SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Paralelo ao já exposto, o mundo pós-Segunda Guerra Mundial se deparou com a necessidade de que o Direito se firmasse em nova uma base ético-normativa, na medida em que as "catástrofes humanitárias do século XX" demonstraram a falência de um sistema jurídico baseado na positivação das leis e que serviu para legitimação de discursos totalitários e "verdadeiros massacres aos direitos fundamentais" da pessoa humana (Almeida; Costa, 2019, p. 39).

O pós-positivismo jurídico surge, então, como outra perspectiva de leitura do direito, não mais vinculado a uma legalidade estrita, mas trazendo também, sem a desprezar, uma nova dimensão ética e moral do ordenamento jurídico, com a implementação de uma "nova hermenêutica constitucional e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais a partir da dignidade humana" (Almeida; Costa, 2019, p. 40).

Desta nova compreensão, os princípios passam receber carga de normatividade, tais quais as regras, estabelecendo-se como fonte de interpretação do direito e para solução dos "casos difíceis", representando mandamentos de otimização de uma nova ordem jurídica, calcada nos valores democráticos e plurais da sociedade e da pessoa humana.

Traçando como gênero o movimento pós-positivista da segunda metade do século XX, podemos nele inserir o que passou também a se denominar "Novo Constitucionalismo", que, podendo ser compreendido sob três bases distintas (*histórica, filosófica e teórica),* cuidou de promover nova concepção sobre a força normativa dos textos constitucionais, com ampliação da jurisdição constitucional e a maximização dos direitos fundamentais e o valor normativo atribuído aos princípios, superando um modelo meramente positivista da lei (Almeida; Costa, 2019).

Sobrevém, neste contexto, o paradigma do Estado Democrático de Direito, fundado na necessidade de superação de um modelo estatal liberal individualista, para alcançar um *status* de concretizador da transformação da realidade social, ultrapassando o conceito meramente retórico e formal de igualdade entre os indivíduos perante o Estado e a sociedade.

Dentro, ainda, desta perspectiva, nas dimensões trazidas na conhecida lição de Paulo Bonavides para traçar o perfil histórico dos direitos fundamentais, os direitos compreendidos na 3ª dimensão – *solidariedade e fraternidade* – se alinharam a esse novo propósito da norma.

Quanto a esta perspectiva, assim os define o autor:

> Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. (Bonavides, 2006, p.569)

Ganham força também os direitos fundamentais concebidos em sua quarta dimensão – *democracia, informação e pluralismo* – possibilitando uma nova leitura do ordenamento jurídico voltado à efetivação dos direitos fundamentais e uma nova percepção dos bens jurídico- penais de natureza individual e coletiva (Almeida; Costa, 2019).

A concepção de bem jurídico passa a se pautar, deste modo, também pelas diretrizes trazidas na Constituição da República, em especial os fundamentos e os objetivos fundamentais eleitos

pelo Constituinte originário, dos quais se destaca a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I).

A base constitucional, por isso, impõe a formatação de uma nova moldura de interpretação para determinar e regular a atividade punitiva do Estado. O Estado, como efetivador dos direitos fundamentais, passa a tutelar também aqueles compreendidos em sua terceira e quarta dimensão, como a proteção ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio público, abrangendo, deste modo, novas e necessárias formas de proteção à coletividade, agora marcada por um contexto social aberto e dinâmico, como destacado no tópico anterior.

Consentâneo a essa realidade, tem-se a necessidade de que a concepção dos bens jurídicos penais de natureza coletiva leve em conta os direitos e deveres constitucionais fundamentais e também, conforme Almeida e Costa, (2019, p. 93):

> (...) fatores diversos para a compreensão do modelo constitucional de tutela jurídica, tais como a titularidade material, a relevância para o indivíduo e para a sociedade, a (in)divisibilidade, as necessidades humanas, as situações de lesão e ameaças, a (in)disponibilidade, a complexidade e o caráter fragmentário.

Tal compreensão, por evidente, não se limita ao Texto Constitucional, consistindo este em estrutura fundamental para tanto, com a qual deverão convergir as disposições normativas infraconstitucionais, em um imprescindível diálogo das fontes, adiante melhor tratado.

Destaca-se, nesta análise, a conceção de Almeida e Costa, (2019) de estabelecer os bens jurídicos coletivos *lato sensu,* a partir da leitura do art. 81, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal 8.078/1990), como os bens jurídicos difusos, coletivos em sentido estrito e, por ficção jurídica, aqueles de titularidade individual, divisíveis, mas homogêneos em relação à conduta penal que o atingiram.

O citado e renomado jurista, Gregório Assagra de Almeida, grande referência na construção de uma Teoria dos Direitos Coletivos no Brasil, membro do Ministério Público de Minas Gerais por mais de trinta anos, com relevantíssimos serviços prestados à Instituição, e a quem, nesta oportunidade, novamente se presta profunda homenagem e senso de enorme gratidão, propôs, com absoluta propriedade, uma nova *Summa Divisio* Constitucionalizada, formada pelo Direito Coletivo e o Direito Individual, ultrapassando a dicotomia de uma *summa divisio* entre direito público e privado, superada pela nova realidade social e pelos direitos difusos e coletivos.

A compreensão destes dois grandes blocos parte de uma nova dimensão social do ordenamento jurídico e tendo como ponto de convergência a Constituição, alocados dentro da teoria dos direitos e garantias fundamentais estabelecida no Texto Constitucional, em busca do objetivo fundamental da Constituição de transformação da realidade social (art. 3º).

E, em importante definição quanto aos bens jurídicos coletivos, em Almeida e Costa, (2019, p. 105), estes "se caracterizam pela existência de uma lesão ou uma ameaça de lesão sobre um número indeterminado de pessoas, pela indivisibilidade do objeto jurídico e pela intensa conflituosidade social."

Para Thadeu Augimeri de Goes Lima (2020, p.31), os interesses supraindividuais podem ser conceituados como "relações factuais estabelecidas entre conjuntos (mais ou menos vastos) de pessoas portadoras de necessidades compartilhadas e situações valiosas ou bens (materiais ou imateriais) úteis a satisfazê-las e insuscetíveis de apropriação e de fruição individualizadas."

Sobrevém, deste modo, o que se entendeu pela expansão dos bens jurídicos de natureza supraindividual, a partir da insuficiência do modelo individual de concepção dos bens objeto da tutela estatal, e especialmente a penal.

Neste ponto, para Goes Lima (2020), três classes – *sociológica, política e jurídica* – são justificadoras da expansão do Direito Penal para acolher os bens jurídicos de natureza transindividual.

Na perspectiva sociológica, dentre os vários fatores envolvidos, as novas realidades sociais existentes, conforme destacado no tópico anterior, extraídas do contexto pós Revolução Industrial, com o surgimento de sociedades de massa e a amplificação de suas novas necessidades, as novas compreensões culturais (como a necessária valorização dos patrimônios históricos-artísticos), a deterioração de bens antes pensados tradicio-

nalmente abundantes e, agora, escassos, como os recursos naturais.

O viés político – como centro da nova concepção das políticas criminais a ditar a nova compreensão do Direito, inclusive a medida de sua intervenção sobre os bens jurídicos transindividuais, ganhando espaço a compreensão quanto à necessidade de maior proteção penal dos bens que interessam ao corpo social.

Por fim, sob a perspectiva jurídica, a corporificação aos Textos Constitucionais do século XX de disposições normativas que estabeleçam, não só garantias e direitos individuais, mas também preceitos que atendam à necessidade de intervenção penal a incidir sobre bens jurídicos que representem *status* de proteção difusa, como saúde, meio ambiente, ordem econômica e probidade administrativa, consoante mencionado em linhas anteriores.

4 - DOS BENS URÍDICOS COLETIVOS E DA REPARAÇÃO DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NA ESFERA PENAL

A partir desta nova compreensão, resta, como visto, superada a categorização sob o viés essencialmente individual dos bens jurídicos, com a sua necessária expansão para trazer ao escopo da proteção estatal também os danos que emergem da violação a direitos, valores e interesses da coletividade.

Trata-se, desta forma, de uma nova "conformação doutrinária", consentânea com a existência de valores fundamentais, que, por seu caráter coletivo e indivisível, desvinculam-se da noção individualista e patrimonialista até então predominante, pertencendo a toda a sociedade (Schwartz, 2021).

A caracterização dessa nova modalidade de bens jurídicos assume, de tal modo, papel relevante na proteção e reparação dos direitos transindividuais, especialmente os bens jurídicos coletivos fundamentais, erigindo ao plano constitucional o regime de responsabilidade civil, como corolário do princípio da reparação integral (Neto, 2012).

Nesta perspectiva, indissociável a leitura do sistema de responsabilidade civil conforme os preceitos constitucionais que, pela força normativa a eles atribuída, norteiam a aplicação do direito, dos quais se extrai a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1°, III) e ainda os bens jurídicos alçados à categoria de direitos fundamentais eleitos pelo Constituinte originário de 1988, conforme trazido em tópico anterior.

Sobre essa nova categorização de bens jurídicos-penais de natureza coletiva, a partir do espectro de incidência dos direitos fundamentais albergados pelo Texto Constitucional, tem-se, novamente, em Almeida e Costa, (2019, p. 105/106):

> Os bens jurídicos-penais coletivos se caracterizam pela existência de uma lesão ou ameaça de lesão sobre um número indeterminado de pessoas, pela indivisibilidade do objeto jurídico e pela intensa conflituosidade social.
>
> Trata-se em verdade, de espécie de bens jurídicos-penais (ao lado dos individuais) que refletem direitos fundamentais coletivos e, em termos de tutela jurídica, possuem, por imposição da principiologia constitucional (art. 5°, §1°, da CR/88), aplicabilidade imediata.

Neste aspecto, a chamada espiritualização dos bens jurídicos ou liquefação do direito penal representa, como destacado anteriormente, a "expansão da tutela dos bens jurídicos coletivos – como o meio ambiente, as relações de consumo, a ordem econômica e financeira, a probidade administrativa, entre outros" (Almeida; Costa, 2019), isto levando à criação de tipos penais relacionados à causação do perigo (seja ele concreto ou abstrato), com finalidade de proteção preventiva a esses novos bens jurídicos, consoante trazido no capítulo anterior.

As novas formas de violação a bens jurídicos – agora expandidos à perspectiva coletiva – impõem igualmente uma nova leitura do papel reparatório do Direito Penal, conforme melhor adiante tratado, considerando a necessidade de se impor ao agente infrator não só a aplicação da pena mas igualmente a reparação relacionada ao dano causado.

E diante da importância desta providência, como efeito necessário decorrente do reconhecimento pelo título condenatório da transgressão da norma penal, notadamente aquela que tutela bens jurídicos transindividuais, a esfera penal passa ser demandada para apresentar a resposta a esta importante efetivação.

Isso porque a necessidade de imposição de tal espécie de reparação emerge também da constatação de que, em muitas vezes, a reparação no plano individual dos indivíduos lesados representa resposta estatal insuficiente frente ao ilícito praticado pelo agente lesante, de modo a ensejar, assim, punição suficiente, adequada e integral diante do proveito auferido e também em face do efeito dissuasório e pedagógico frente a nova violações de ordem supraindividual.

Assim, evidenciados os danos de ordem extrapatrimonial, melhor tratados no tópico seguinte, o Direito Penal deverá ser chamado a se pronunciar não só sobre a aplicação da pena mas também sobre a reparação do dano decorrente de violações a bens e interesses da coletividade.

Tal necessidade impõe, por conseguinte, a reformulação de um modelo concebido para tratar unicamente de demandas individuais, cuja atestada insuficiência o coloca em xeque, exigindo-lhe nova conformação frente às atuais necessidade sociais.

4.1 - DAS CATEGORIAS DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS, DAS NOVAS CONCEPÇÕES NA PÓS-MODERNIDADE E DA PERSECUÇÃO PENAL

Reafirmadas estas premissas, necessário, a seguir, trazer à discussão a noção, ainda que breve, a respeito dos danos de natureza extrapatrimonial e suas possíveis espécies.

Antes de os relacionarmos propriamente, importante destacar, quanto ao ponto, que a própria Constituição cuidou de prever, no rol dos direitos e garantias fundamentais, a garantia de indenização por danos morais às vítimas (art. 5º, V), assim também tendo os previsto expressamente nas hipóteses de violação aos direitos relacionados à personalidade do indivíduo (inciso X).

Por evidente, dada a dimensão material que se deve atribuir à efetivação dos direitos fundamentais, que a interpretação das hipóteses de cabimento dos danos morais e as outras a eles relacionados, adiante tratadas, deve se dar de forma ampliativa (art. 5º, §2º), tratando-se, portanto, de rol claramente exemplificativo.

Isso inclusive porque o comando constitucional de reparação de danos de natureza extrapatrimonial deve estar alinhado às novas concepções e formas de violações que ganham novo relevo e contornos na atualidade, antes impensáveis.

O Texto Constitucional, como diretriz fundamental de assegurar, como fundamento inaugural de suas disposições, a dignidade da pessoa humana, impõe, portanto, que o ordenamento jurídico confira resposta adequada e imediata (art. 5º §1º) a todas as formas de violações que atentem contra o patrimônio material e extrapatrimonial do indivíduo e da coletividade em que se insere e com ela mutuamente se relaciona.

Pois bem. Tem-se, em primeiro lugar, os conhecidos danos morais coletivos, a partir da constatação de que, uma vez atingidos os já mencionados valores e interesses fundamentais de uma coletividade, impõe-se, por conseguinte, a defesa do seu patrimônio imaterial.

O patrimônio imaterial de uma coletividade, como agrupamento de indivíduos unidos por fatores e valores comuns, pode ser traduzido como o feixe de interesses e valores coletivos dela representativos, em uma comunhão indivisível integrada por todos a ela aderidos, sem que se possa segmentar, individualizadamente, o ponto de partida e o final de cada um dos interesses desses indivíduos (Filho, 1994).

Aliás, o entendimento de que só indivíduos seriam titulares de um interesse juridicamente tutelado ou de uma vontade protegida pelo ordenamento jurídico encontra-se, há muito, superado. Inclusive, no julgamento do Recurso Especial 636.021/RJ, em 2008, a ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, já havia afirmado que o artigo 81 do CDC rompeu com essa tradição jurídica clássica.

O dano moral coletivo se desvincula, nesta perspectiva, da compreensão acerca dos sentimentos de dor física e psíquica na esfera individual para assumir uma feição própria, alicerçada na caracterização da ofensa a padrões éticos dos indivíduos, considerados em sua dimensão coletiva (Neto, 2012).

A Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) cuidou de relacionar, a toda evidência de forma não taxativa, os interesses tutelados por meio de tal importante instrumento, donde se extrai de

seu dispositivo prefacial a tutela ao meio-ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, à ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, ao patrimônio público e social.

Duas décadas antes, a Lei de Ação Popular (Lei 4.717/1965) já havia cuidado, em seu art. 1°, §1°, de conceituar o patrimônio público como os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

Em importante acréscimo, tem-se também a tutela à dignidade nacional, representada pelos símbolos nacionais, como os emblemas, hinos e demais signos distintivos de uma nação (Filho, 1994). Aliás, o citado autor (Filho, p. 7) define, com propriedade, o instituto como "a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos", tratando-se, desta forma, de agressão, de maneira absolutamente injustificada, a um "patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado".

E, sobre eles, danos morais coletivos, reforça-se, imperiosa a conformação de sua conceituação aos bens jurídicos fundamentais assegurados em plano constitucional, a exemplo dos já citados direitos fundamentais ao meio ambiente, à saúde, ao patrimônio histórico- cultural, à probidade administrativa, à segurança pública e à defesa do consumidor.

Outra importante espécie de danos causados à coletividade refere-se aos denominados danos sociais, propostos como uma nova categoria, autônoma, de dano na esfera da responsabilidade civil. Traduzem-se a partir de um ato, não somente lesivo à esfera individual ou ao patrimônio moral ou material da vítima, "mas sim, atinge toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população", especialmente quando reduzidas as condições coletivas de segurança da população, conceituação de vanguarda trazida por Antônio Junqueira de Azevedo (Azevedo, 2004).

Tal espécie de dano também guarda em si a noção de atingimento de valores pertencentes à coletividade, marcada pela indeterminabilidade de seus indivíduos. Seguindo nesta linha, Arlei Wiclif Leal da Silva trouxe importantes interseções entre o instituto e a nova ótica de compreensão do Código Civil de 2002, fundada no caráter de "socialidade", em que o coletivo predomina em face do individual, do que se retira, como exemplo, a função social dos contratos, da propriedade (arts. 421 e 2.035, parágrafo único) e da própria responsabilidade civil.

Os danos sociais tiveram, inclusive, expressamente reconhecida sua existência por ocasião do julgamento da Reclamação 12062/GO, que originou o Tema Repetitivo 742[1], oportunidade em que o Ministro Relator Raul Araújo registrou a "possibilidade de condenação ao pagamento de indenização por dano social, como categoria inerente ao instituto da responsabilidade civil, além dos danos materiais, morais e estéticos", a partir da diminuição do nível social da tranquilidade, fundamentado no art. 944, CC.

Naquela oportunidade, embora tenha se assentado a possibilidade de fixação de danos sociais, no caso em questão - cobranças indevidas por instituição bancária a determinada consumidora – foram eles fixados pelo magistrado de primeiro grau em demanda consumeirista individual, o que levou o Superior Tribunal a extirpá-los, considerando ter ocorrido julgamento *extra petita* naquela situação.

Seguindo diante, buscando traçar uma diferenciação entre tais institutos (*danos morais coletivos e danos sociais)*, cita-se, por sua relevância, as considerações trazidas por Renato Kim Barbosa, em sua tese de doutorado, representada pela obra "Corrupção e Dano Social: análise da responsabilidade civil inclusive na nova Lei de Improbidade Administrativa", segundo o qual a distinção poderia ser realizada a partir do bem transindividual alvo da lesão: se de natureza indivisível, com titulares indeterminados, haverá a hipótese do dano social, com destinação da reparação ao fundo tratado no art. 13 da LACP; se os titulares forem determináveis ou determinados, estaríamos frente ao dano moral coletivo, cujo ressarcimento seria vertido às vítimas lesadas. (Barbosa, 2022).

1 É nula, por configurar julgamento extra petita, a decisão que condena a parte ré, de ofício, em ação individual, ao pagamento de indenização a título de **danos sociais** em favor de terceiro estranho à lide. Rcl n. 12.062/GO, relator Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 12/11/2014, DJe de 20/11/2014.

Todavia, em que pese a importante contribuição, não nos parece ser a posição mais acertada, por acreditarmos que os traços distintivos dos danos sociais e morais coletivos não se correlacionam e, portanto, se definem, por essência, a partir de seus titulares, mas sim considerando a própria natureza da lesão experimentada pela coletividade lesada.

Assim, torna-se possível, entendemos, diante das particularidades da situação vivenciada pela coletividade lesada, verificar a existência de lesão ao patrimônio imaterial daquele grupo, implicando a possibilidade de coexistência de danos que acarretem a violação ao patrimônio ético-moral dos integrantes daquela comunidade e, *pari passu,* o rebaixamento do nível e qualidade de vida daquela população.

Exemplo disto, podemos citar, refere-se à hipotética prática de atos de corrupção, mediante fraudes a processos de licitação de determinado pequeno município interiorano, titularizadas pelo chefe do Poder Executivo. Neste caso, o objeto contratado - construção de equipamentos vitais à assistência médico-hospitalar da população local, não se executa diante da contratação de empresas fictícias, privando a comunidade da fruição daquele importante serviço público. Em tal situação, podemos constatar que o dano causado implica não só o rebaixamento da qualidade de vida daquela comunidade (danos sociais), mas também a violação ao seu patrimônio moral, diante da indignação e frustração com a expectativa de atendimento ao interesse público pelo representante eleito do Poder Executivo por aquele meio social (danos morais coletivos).

Consideramos, assim, a possibilidade de cumulação de ambas as espécies, como categorias autônomas, não se tratando, desta forma, os danos sociais como uma espécie do gênero dano moral coletivo, como se dele decorrente, como preconizado por parte da doutrina. Tal parcela doutrinária concebe o dano social como o próprio dano moral coletivo,

diante da existência de lesão a interesses e direitos de natureza difusa, sem categorização apartada um do outro (Schwartz, 2021).

Ainda, tem-se por oportuno e relevante exemplo, o dano social hídrico: a água potável como um direito fundamental do indivíduo frente ao meio social e ao espaço urbano a que pertence, disso decorrendo a responsabilidade do Estado pela responsabilização quando políticas públicas insuficientes privam o indivíduo deste elementar direito social. Há um decréscimo significativo de sua condição de dignidade humana, calcada em um processo de exclusão social de grupos e comunidades, o que também se denomina espoliação urbana (Filho, Cavalcante, 2021).

De se reconhecer, inclusive, na atual complexidade que define as relações sociais no contexto da pós-modernidade, que a perspectiva de dimensionamento dos danos extrapatrimoniais não se encerra nas categorias já citadas e, já com certo consenso, admitidas nos espaços doutrinários e jurisprudenciais.

Necessário reconhecer, neste prisma, que o princípio da reparação integral extraído do art. 944, CC, impõe a releitura da clássica divisão entre danos patrimoniais e morais para se buscar a compreensão, a partir do advento dos novos processos tecnológicos que marcam a realidade cotidiana, em velocidade e ritmo acelerado de desenvolvimento, de que o modelo jurídico da responsabilidade civil deve igualmente avançar, abarcando concepções de danos ao indivíduo e à coletividade outrora impensáveis.

Com efeito, destaca, com propriedade, Thadeu Lima (2020, p.40), que:

> A revolução tecnológica implicou a radical alteração qualitativa da estrutura das relações socioeconômicas até então experimentada, potencializando nas sociedades contemporâneas a multiplicação e a complexificação de efeitos negativos e ofensas a interesses difusos e coletivos, cuja proteção deixou de caber nas categorias jurídicas substantivas tradicionais e nos apertados modelos jurídico-processuais oriundos de concepções de pendor liberal, privatístico e proprietarista.

Por esta razão, a doutrina tem avançado sobre o tema, diferenciando a noção tradicional do dano moral em sentido estrito (abalo psicológico suportado pelo indivíduo), para abranger novas formas de reconhecimento de outras categorias, como o dano existencial, que se refere à alteração substancial da condição de vida daquele que suporta o dano causado, ocasionando comprometimento e deterioração da qualidade de vida da pessoa humana, a partir da alteração de seu projeto realizável de vida (Zanetti, Tartuce, 2021). Como exemplo citado, tem-se a hipótese em que um dos cônjuges se

afasta do exercício de sua profissão para cuidar do outro cônjuge que passa ao estado de coma derivado de erro médico.

A constatação das novas modalidades de bens jurídicos de natureza coletiva, conforme acima destacado, e sujeitos à tutela penal impõe, por conseguinte, que o modelo de persecução penal atual, atento à efetividade e razoável duração do processo, como garantias constitucionais fundamentais, assegure, como dito anteriormente, a efetiva responsabilização, em toda as suas vertentes, dos danos decorrentes da violação a tais espécies de bens jurídicos, com especial necessidade de reparação dos danos de natureza extrapatrimonial, aqui destacados.

Imperativa a superação de um modelo reparatório centrado nos danos de natureza estritamente individual e, notadamente, patrimonial, consistindo, nesse viés, garantia fundamental da sociedade o adimplemento integral pelo agente infrator das condutas violadoras também dos bens jurídicos-penais coletivos, reparação a ser perquirida na persecução penal e imposta na sentença penal condenatória, como necessário efeito dela decorrente.

Assim, conforme Almeida e Costa (2019, p. 95), não se pode conceber mais que a tutela aos bens jurídicos-penais coletivos continue a se dar "pelas mesmas estruturas investigativas e judiciais clássicas, que foram concebidas para uma repressão penal de índole prevalentemente de bens penais de titularidade individual".

5 - REPARAÇÃO DOS DANOS NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E DA CONFORMAÇÃO AO PAPEL DA VÍTIMA COMO SUJEITO DE DIREITOS NO PROCESSO PENAL

Resgatando a conclusão do tópico anterior, considerada a nova realidade em que inserida a proteção da esfera penal sobre os bens jurídicos de natureza difusa, não há como mais se manter o modelo de uma persecução penal voltada estritamente à proteção e reparação de danos sob o enfoque individual.

Embora o Código Penal de 1940, com a redação dada pela Lei 7.209/1984, já tenha trazido a previsão do art. 91, inciso I, CP, segundo a qual é efeito da condenação tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, a prática criminal demonstra que o avanço na persecução reparatória em sede de tutela penal ainda é tímido.

A fim de colocar luzes sobre essa importante providência, a reforma do Código de Processo Penal realizada pela Lei 11.719/2008, promoveu a inserção no art. 387, IV, do Código Processual de outro requisito da sentença condenatória: a fixação, por ocasião de sua prolação, da reparação mínima dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Ada Pellegrini Grinover, (2009 *apud* Michels 2018), que conduziu os trabalhos da Comissão de Reforma, destacou:

> É fato notório que o Código de Processo Penal brasileiro de 1941, embora já adotando o modelo acusatório, se encontrava totalmente superado pela realidade dos novos tempos, a exigir um estatuto que primasse pela eficiência, evitando formalismos e procrastinações inúteis, de modo a tornar o processo penal mais simples, célere, desburocratizado e aberto. (p.432)

Alia-se, em reforço, a esta providência a possibilidade da propositura da ação civil *ex delicto* prevista no art. 63 do mesmo diploma, cujo parágrafo único, igualmente incluído pela reforma promovida, passou a destacar que "Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido."

Não há como descuidar, ainda, da previsão contida na Lei de Crimes Ambientais (Lei Federal 9.605/98), que já à sua edição trouxe a disposição tratada em seu art. 20, por meio do qual se estabeleceu que "A sentença penal condenatória, sempre que possível, fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente." (Brasil, 1998)

Quanto a esse relevante ponto de interseção entre as esferas cível e penal, não há propriamente consenso sobre qual o sistema adotado a partir da reforma de 2008, inclusive se é que houve alteração do sistema anterior (separação relativa entre as esferas), sendo que a doutrina se divide, ora se entendendo que haveria a adoção do sis-

tema da adesão (Alexandre Freitas Câmara), ou o da confusão (para Nestor Távora) ou ainda que, em verdade, se manteve o sistema da separação relativa (Michels, 2018).

Apenas rememorando, segundo Araken de Assis, quanto aos sistemas de interdependência entre as esferas, tem-se o da separação, no qual o provimento penal exercerá nenhuma ou limitadíssima influência na área civil; o da confusão, em que a ação única serve ao duplo objetivo de aplicar a pena e reparar o dano; o relativo à solidariedade – separadas as ações, obrigatoriamente se resolvem em conjunto e no mesmo processo; e, por fim, o da livre escolha, em que se verifica hipótese de cumulação facultativa, no processo penal, de ambas as ações (Goes Lima, 2020).

Sobre a modificação então trazida na legislação processual penal, que já perfaz seus quase dezesseis anos de existência, primou-se, como visto, pela busca de um processo penal mais efetivo, ágil e eficiente em suas proposições. Assim, podemos destacar esses objetivos, pautados pela celeridade processual (único provimento destinado a trazer soluções distintas – punição e ressarcimento); efetividade processual (desnecessidade de acionamento, em via própria cível, pelo lesado de nova ação para rediscussão da questão, já que garantido o valor mínimo para reparação) e, ainda, se evitar decisões conflitantes por juízos distintos.

Sobrelevou-se, ainda, o importante papel da vítima no processo penal, já que os atos processuais praticados para apuração da própria infração penal servem e também se prestam para a comprovação do próprio dano causado ao ofendido.

Nesse sentido: "Em substanciosa novidade, deslocando seu eixo fundamental, historicamente voltado para a sanção do agente, para a efetiva tutela da vítima, o Código de Processo Penal contemplou, no inciso IV do art. 387, uma antecipação do momento de fixação da reparação, seja por danos patrimoniais ou extrapatrimoniais." (Farias, 2023, 35 anos Constituição e sistema acusatório)

A vítima passa, portanto, a ocupar sua necessária perspectiva enquanto sujeito de direitos, não mais inserida em uma visão meramente objetiva da persecução penal, como mero meio de prova, tendo, inclusive, no projeto do Novo Código de Processo Penal – PL 8045/2010, um título próprio dedicado a seus direitos, relacionados, exemplificadamente, em seu art. 91.[2]

---

2 Art. 91. São direitos assegurados à vítima, entre outros:
I - ser tratada com dignidade e respeito condizentes com a sua situação;
II - receber imediato atendimento médico e atenção psicossocial;
III - ser encaminhada para exame de corpo de delito quando tiver sofrido lesões corporais;
IV - reaver, no caso de crimes contra o patrimônio, os objetos e pertences pessoais que lhe foram subtraídos, ressalvados os casos em que a restituição não possa ser efetuada imediatamente em razão da necessidade de exame pericial;
V - ser comunicada:
a) da prisão ou soltura do suposto autor do crime;
b) da conclusão do inquérito policial e do oferecimento da denúncia;
c) do eventual arquivamento da investigação, nos termos do art. 39;
d) da condenação ou absolvição do acusado;
VI - obter cópias de peças do inquérito policial e do processo penal, salvo quando, justificadamente, devam permanecer em estrito sigilo;
VII - ser orientada quanto ao exercício oportuno do direito de representação, de ação penal subsidiária da pública, de ação civil por danos materiais e morais, da adesão civil à ação penal e da composição dos danos civis para efeito de extinção da punibilidade, nos casos previstos em lei;
VIII - prestar declarações em dia diverso do estipulado para a oitiva do suposto autor do crime ou aguardar em local separado até que o procedimento se inicie;
IX - ser ouvida antes de outras testemunhas, respeitada a ordem prevista no caput do art. 276;
X - peticionar às autoridades públicas para se informar a respeito do andamento e deslinde da investigação ou do processo, bem como manifestar as suas opiniões;
XI - obter do autor do crime a reparação dos danos causados, assegurada a assistência de defensor público para essa finalidade;
XII - intervir no processo penal como assistente do Ministério Público ou como parte civil para o pleito indenizatório;
XIII - receber especial proteção do Estado quando, em razão de sua colaboração com a investigação ou processo penal, sofrer coação ou ameaça à sua integridade física, psicológica ou patrimonial, estendendo-se as medidas de proteção ao cônjuge ou companheiro, filhos, familiares e afins, se necessário for;
XIV- receber assistência financeira do Poder Público, nas hipóteses e condições específicas fixadas em lei;
XV - ser encaminhada a casas de abrigo ou programas de proteção da mulher em situação de violência doméstica e familiar, quando for o caso;
XVI - obter, por meio de procedimentos simplificados, o valor do prêmio do seguro obrigatório por danos pessoais causados por veículos automotores.
§ 1° É dever de todos o respeito aos direitos previstos neste Título, especialmente dos órgãos de segurança pública, do Ministério Público, das autoridades judiciárias, dos órgãos governamentais competentes e dos serviços sociais e de saúde.

Desta forma, a reaproximação entre o direito civil e o direito penal teve, como um de seus fundamentos, a – necessária, reitera-se – preocupação com o direito das vítimas à justa reparação causada pela infração penal cuja conduta criminosa fora a ela dirigida, reforçando sua participação no processo na construção da solução da lide penal (Domingos, 2019).

Da relevância desta participação e providência, retira-se como exemplo também a justiça negociada (conciliação no âmbito da Lei 9.099/95 e os acordos de não persecução penal, que possuem como primeira condição a reparação ou restituição do dano à vítima – art. 28-A, inciso I, CPP) e também a própria reparação dos danos causados, como requisito da sentença penal condenatória, objeto do presente estudo.

E, certo ainda que devem ser contempladas em tal posição jurídica todos os entes que possam ser alvo da prática delituosa, sejam eles as pessoas físicas (ser humano, vítima individual), as pessoas jurídicas e também, sob a perspectiva biocêntrica, todos os seres vivos que sejam ou que possam ser afetados pelos efeitos do ilícito penal.

Necessário, portanto, se conferir valor existencial a todos os seres vivos, a partir de uma relação de solidariedade intergeracional e valor recíproco com todas as outras formas de vida, como os animais e o meio ambiente natural.

Trata-se de um modelo de *cidadania coletiva solidarista biocentrista,* conforme conceituação apresentada pelo Professor Gregório Assagra de Almeida, em sua clássica obra Direito Material Coletivo – Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada, trazendo como fundamento a necessidade de "uma nova visão holística que permita a tutela e o respeito a todo tipo de vida, atendidas as necessidades relativas à sobrevivência das espécies", a exigir que a "coletividade humana repense os seus meios de vida, os seus valores e as suas reais necessidades" (ALMEIDA, p. 593/595).

À luz, ainda, da categorização dos bens jurídicos penais coletivos anteriormente proposta, tomando por base o art. 81 da Lei Federal 8.078/1990, as vítimas coletivamente consideradas igualmente podem ser relacionadas como vítimas difusas (em danos causados ao meio ambiente e à segurança pública, por exemplo), coletivas estrito senso (a exemplo daquelas que são submetidas ao mencionado dano social hídrico) e, por fim, as vítimas decorrentes de lesões a direitos individuais homogêneos (casos que possam decorrer, *v.g.,* de relações consumeiristas abusivas havidas com determinada instituição bancária).

A seguir, passaremos a tratar, especificamente, do poder-dever do magistrado na imposição de reparação dos danos extrapatrimoniais em sede da sentença penal que imponha condenação decorrente de violação aos bens jurídicos coletivamente considerados.

5.1 - REPARAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Positivada na legislação processual penal a nova providência referente à reparação dos danos causados como requisito da sentença penal condenatória, abre-se, neste campo, uma nova necessidade: definir também a reparação nos casos em que verificada a violação a bens jurídicos transindividuais, diante da causação de danos extrapatrimoniais à vítima coletiva.

Uma vez estabelecida a necessária importância do papel da vítima no processo penal, como sujeito de direitos, indiscutível que tal relevância, hoje, também deve ser atribuída, como visto no tópico anterior, à coletividade, enquanto igual sujeito passivo das infrações penais. Como visto em linhas anteriores, não há dúvidas da existência dos bens jurídicos coletivos *lato sensu* albergados atualmente pela tutela penal e, por consequência, dos danos causados ao sujeito passivo coletivo.

Diante desta nova necessidade, é preciso reformular o modelo da persecução penal individual, conferindo resposta estatal adequada do sistema jurídico, como garantia fundamental do art. 5º, XXXV, CR/88, assegurando a reparação integral diante da lesão dos interesses e direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos causados pela conduta criminosa, como efeito compensatório e especialmente sancionatório, individual e geral, para desestímulo à reiteração da prática criminosa.

Assim, passa-se a atribuir uma dimensão coletiva da sentença penal condenatória, conferindo-

-se verdadeiro poder-dever de fixação pelo magistrado dos danos extrapatrimoniais causados pela infração penal, garantindo-se a reparação integral decorrente da lesão aos bens jurídicos transindividuais titularizados pela coletividade.

Nessa ordem de ideias, "a influência da Constituição sobre esse processo interpretativo/aplicativo não é de mera orientação, mas de condicionamento ou vinculação", em uma noção de complementariedade normativa, em que a prevalência dos direitos fundamentais representa o necessário horizonte como norte desse diálogo (Goes Lima, 2020, p. 90/91).

E, partindo da compreensão de que os bens jurídicos penais supraindividuais possuem base e força normativa extraída da Constituição, a reparação dos danos decorrentes de sua violação deve, por inafastável consequência, ser de imposição constitucional.

Logo, o dever de o juiz efetivar a medida reparatória na sentença condenatória decorre também e sobretudo da Constituição.

Novamente, ganha espaço o que, há mais de duas décadas, Cláudia Lima Marques, a partir do advento do então Novo Código Civil de 2002, passou a tratar do que se denominou "Diálogo das Fontes", inspirada nas lições de Erik Jayme, tendo como perspectiva a convivência das novas fontes normativas, em busca de uma coerência sistêmica, em detrimento do modelo tradicional de solução dos conflitos de leis no tempo (Marques, 2003, p. 02)

Propôs-se, então, três tipos de "diálogo": diálogo sistemático de coerência – na aplicação simultânea das duas leis, uma pode servir de base conceitual para a outra, especialmente se uma lei é geral e a outra especial; diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais – na aplicação coordenada das duas leis, uma pode complementar a aplicação da outra e diálogo de coordenação e adaptação sistemática, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei.

A expressão, proposta pelo citado autor a partir de reflexões sobre a diversidade normativa no âmbito do Direito Internacional Privado, a partir das diversas fontes de emanação da norma (Constituições, tratados internacionais, convenções, leis nacionais), trouxe a compreensão de que a pluralidade de fontes, com campos de incidência convergentes, deve levar a uma aplicação simultânea, coerente e coordenada entre si, conferindo funcionalidade e coerência ao sistema (Goes Lima, 2020).

Não por outra razão que a reparação dos danos extrapatrimoniais na sentença penal condenatória deve percorrer esse necessário itinerário, de muitos caminhos (Constituição, Código Civil, Código Penal, Código de Defesa do Consumidor, Códigos de Processo Civil e Penal, Lei 9.605/98 e demais legislações extravagantes), que, ao final, convergem entre si: possibilitar a integral reparação aos bens jurídicos pertencentes à coletividade.

Logo, no campo da sentença penal deve haver o necessário espaço para que, a par da imposição da pena, como resposta estatal frente ao crime praticado, se construa a solução adequada para definir, a partir do contexto delitivo da infração penal, a reparação do dano que atinja valores fundamentais da sociedade lesada.

É sabido, inclusive, que, em muitas espécies delitivas, a exemplo dos crimes contra a ordem tributária previstos na Lei 8.137/1990 e aqueles relacionados na Lei 9.605/98, que causam frustrações sociais e coletivas gigantescas, o preceito secundário é estabelecido em patamares quantitativos diminutos e visivelmente desproporcionais aos ilícitos praticados (como sonegações fiscais em cifras milionárias ou em danos ambientais gravíssimos de enormes proporções), ensejando, em grande parte, ao final da sentença condenatória, a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas de pouquíssimo relevo sancionatório.

Isto sem levar em conta as inúmeras situações em que as penas fixadas já se encontram fulminadas pela prescrição, diante da dificuldade do aparato estatal na persecução penal de infrações penais desta natureza, acarretando nenhuma implicação penal aos seus infratores.

A consequência imediata da persecução penal em tais situações é a constatação de que a prática de atos ilícitos penais é manifestamente proveitosa e útil a seus agentes, diante do proveito econômico obtido com o crime e da ausência de responsabilização efetiva pela Justiça Criminal, o que reforça, portanto, a necessidade de imposição do modelo reparatório integral no âmbito da sentença penal condenatória.

Emerge, assim, a clara necessidade de observância ao caráter sancionatório-pedagógico que prepondera nesta situação, de forma a representar ao ofensor e a terceiros potenciais a manifestação estatal de absoluta intolerabilidade a novas violações aos bens jurídicos coletivos representativos dos valores e padrões éticos e morais construídos pela coletividade (Neto, 2012).

Objetiva-se a punição (repressão), vista como decorrência de um fato passado (conduta criminosa), associada à expectativa de dissuasão, individual e geral, dos comportamentos negativos futuros (desestímulo e prevenção).

E, de tal forma, impõe-se ao aparato estatal enfrentar a temática para, de tal maneira, fazer cumprir o comando normativo constitucional extraído do art. 387, IV, CPP, em sua integral acepção, sendo indevida e inconstitucional qualquer espécie de interpretação que busque restringir o alcance da norma e, por consequência, impedir que, no âmbito penal, seja determinada a reparação dos danos causados, em todas as suas formas, garantindo tutela jurisdicional efetiva de proteção dos bens jurídicos, especialmente os de natureza coletiva titularizados pela sociedade.

O já citado projeto do Novo Código de Processo Penal – PL 8045/2010 – em seu artigo 423 traz, expressamente, a possibilidade de fixação de reparação decorrente do dano moral também objeto da sentença penal condenatória, dispondo que "o juiz, ao proferir sentença condenatória, arbitrará o valor da condenação civil pelo dano moral, se for o caso." (Brasil, 2010)

Por sua vez, corroborando estas conclusões, o enunciado 455 da V Jornada de Direito Civil, coordenada pelo Conselho da Justiça Federal delimita que: "a expressão "dano do art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas."

O valor da indenização cabível deve seguir a lógica do art. 944, CC, segundo o qual a indenização mede-se pela extensão do dano, que, no caso da prática criminosa, deve se guiar pela natureza, gravidade e a repercussão da lesão, situação econômica do ofensor, proveito econômico obtido com a conduta ilícita, grau de culpa ou dolo, se presentes, a verificação da reincidência e grau de reprovabilidade da conduta adotada.

Nesta perspectiva, da lesão aos bens jurídicos titularizados coletivamente, são exemplos eloquentes os crimes ambientais, contra a ordem econômica e tributária e também os crimes relacionados ao tráfico de drogas (Lei 11.343/2006), que devem ensejar a correspondente e necessária delimitação, na sentença penal condenatória, do valor pecuniário a título de reparação dos danos causados, sejam eles morais coletivos, sociais ou outros reivindicados pela parte autora.

Dentre as situações mencionadas, inegável se reconhecer a existência de danos morais coletivos e sociais causados pelas condutas relacionadas ao tráfico de entorpecentes, com seus devastadores efeitos nas mais variadas regiões do território nacional brasileiro e certamente mundial, sejam elas interioranas ou nos grandes centros.

O prejuízo causado à coletividade é evidente, considerando que essa espécie delitiva está intimamente ligada ao aumento da criminalidade, influenciando, certamente, na dinâmica da segurança e saúde pública, especialmente porque fomentadora de outros crimes de igual ou maior gravidade, como roubos e homicídios, gerando forte perturbação do meio social. Trata- se, assim, de um problema social crônico capaz de gerar indenização, notadamente sob o prisma dos danos sociais e morais coletivos.

Da mesma forma se dá em relação aos crimes praticados em face da Administração Pública, em que, como dito em linhas anteriores, esquemas de corrupção privam a população, especialmente a mais necessitada, de efetivação de políticas públicas essenciais, voltadas à garantia de direitos fundamentais mínimos, como saúde e educação.

Assim, na perspectiva atual da atuação judicial no tocante ao referido comando legal, é premente a configuração de uma nova compreensão da função judicial penal na tutela dos bens jurídicos transindividuais, a fim de que o Estado proporcione a máxima efetividade da tutela penal coletiva, inclusive para fins de evitação da propagação de danos em massa (Costa, Almeida, 2023).

Aqui, reassenta-se que a efetivação da reparação dos bens jurídicos penais coletivos pelo magistrado por ocasião da sentença penal condenatória configura verdadeiro poder-dever que tem por base determinante a Constituição, da qual se relacionam e se sustentam os valores e interesses que fundamentam e dão substância aos bens jurídicos coletivamente considerados.

No tópico adiante, se apresentará a atual conformação da jurisprudência quanto ao tema e como tem se dado a atuação do Ministério Público de Minas Gerais no tocante a tal pretensão junto aos Tribunais Superiores, buscando-se, no ponto, a adoção de uma atuação estratégica voltada à construção de precedentes favoráveis nessa temática.

6 - DO ATUAL ESTÁGIO DA JURISPRUDÊNCIA QUANTO À REPARAÇÃO DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E DA ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DO MPMG

No tópico presente, buscaremos traçar um breve panorama do cenário atual da jurisprudência no tocante ao reconhecimento da pretensão de fixação de danos extrapatrimoniais como efeito da sentença penal condenatória.

E, especialmente, como o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por meio de sua Procuradoria de Justiça com Atuação nos Tribunais Superiores, tem desenvolvido sua atuação estratégica junto aos Tribunais Superiores visando à defesa da importante tese ora em discussão.

Como visto em linhas anteriores, mesmo passadas quase duas décadas da alteração no Código Processual Penal relativa à questão em debate, a jurisdição penal tem revelado sua dificuldade em incorporar ao título condenatório a exigência de reparação dos danos causados, notadamente aqueles de natureza extrapatrimonial. Vários fundamentos são apresentados, como a impossibilidade de a persecução criminal se prestar a avaliar a existência e mensuração dos danos causados em face da coletividade, relegando a questão para tratamento no juízo cível ou mesmo se exigindo instrução processual específica a respeito da questão.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem enfrentado o tema e, de forma reiterada, negado a possibilidade de fixação de danos morais coletivos em crimes praticados em face da coletividade, do que é exemplo o tráfico de drogas. Citemos: "em se tratando de reparação de danos morais coletivos, entendo que esse debate jurídico não é cabível no processo penal, mas numa eventual ação civil de natureza coletiva, própria da esfera da área cível. TJMG - Apelação Criminal 1.0000.23.160499-2/001, Relator(a): Des.(a) Doorgal Borges de Andrada, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 18/10/2023, publicação da súmula em 19/10/2023). (Brasil, 2023)

No julgado especificamente citado, inclusive se destacou a dificuldade enfrentada pelos operadores do direito em assimilar as inovações legislativas, a exemplo do art. 387, IV, CPP. E mais: "No delito de tráfico de entorpecentes, o sujeito passivo é a coletividade, não sendo possível se mensurar a extensão dos danos causados pela infração, tendo em vista a falta de individualização da pessoa do ofendido." TJMG - Apelação Criminal 1.0000.23.150544- 7/001, Relator(a): Des.(a) Âmalin Aziz Sant'Ana, 8ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 19/10/2023, publicação da súmula em 20/10/2023. (Brasil, 2023)

Todavia, entendemos que a circunstância de o sujeito passivo se tratar da coletividade, como expendido ao longo desta discussão, em nada impede na avaliação da existência e mensuração dos danos causados, de forma incontroversa, em virtude da violação dos bens jurídicos transindividuais. Muito pelo contrário, pois se afigura providência inclusive necessária a salvaguardar e reparar os interesses lesados pela coletividade.

Quanto à mensuração do dano, para a comprovação de sua extensão, como já destacado, basta, entendemos, o exame das peculiaridades do caso concreto, considerando a relevância do interesse lesado, bem como a gravidade e a repercussão da lesão provocada pela infração penal, o proveito obtido com a conduta ilícita e o grau de reprovabilidade social da conduta, sem perder de vista os postulados da equidade e da razoabilidade.

E, no que tange à necessidade de instrução específica a este respeito, coadunamos com a posição segundo a qual não é necessária instrução processual exauriente para quantificação do dano moral coletivo, por se tratar de hipótese de dano moral que se dá *in re ipsa*, dispensando dilação probatória a este respeito, sendo suficiente a instrução probatória e as provas dela ad- vindas relativas à própria comprovação da infração penal praticada.

Para adoção da pretensão reparatória, há entendimento segundo o qual sequer haveria necessidade de pedido explícito na inicial acusatória, por se tratar de efeito extrapenal obrigatório

da sentença penal condenatória (Lima, 2019), conquanto a conformação da atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se dê no sentido de se exigir pedido expresso na denúncia, ao fundamento de observância ao contraditório e ampla defesa para o acusado (AgRg no REsp n. 2.029.732/MS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 22/8/2023, DJe de 25/8/2023 e AgRg no REsp n. 1.820.918/RS, relator Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 27/10/2020, DJe de 3/11/2020).

Quanto ao ponto, em realce ao princípio da congruência e à observância do contraditório e ampla defesa, como "bases fundantes como sistema acusatório democrático", é como se posiciona o saudoso jurista e membro do Ministério Público baiano, Cristiano Chaves de Farias, segundo o qual de tais matizes principiológicas decorre a necessidade de a denúncia abarcar a qualificação legal e, também, as sanções pretendidas pelo Ministério Público ou pela parte (Farias, 2023).

Inclusive, conforme entendimento recente trazido pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.986.672/SC, Dje 21.11.2023, há a necessidade de a denúncia especificar também o *quantum* pretendido a esse título, vez que:

> (...) dentro de uma perspectiva ampla da teoria do processo, as recentes modificações na legislação processual trouxeram, também, maior refinamento ao contraditório e à ampla defesa. Isso exige que a petição inicial especifique o valor pleiteado para a indenização, tanto no CPC/2015 quanto na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A inclusão do valor pretendido na petição inicial é uma destas mudanças. (Brasil, 2023)

Quanto à prova do dano, ressaltou-se, na oportunidade do citado julgamento, o entendimento aqui exposto, no sentido de não ser imperativa a prova do dano, por se tratar de dano *in re ipsa,* com o seguinte e importante acréscimo argumentativo:

> Percebe-se que a legislação não estabelece distinção entre as categorias de danos suportados. Nesse contexto, o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça enfatiza que, uma vez que a norma não impõe limitações ou diretrizes sobre a mensuração do valor mínimo para a compensação, e considerando a constante ênfase da legislação penal na reparação dos prejuízos sofridos pela vítima, o juiz, ao avaliar apropriado no contexto de um caso específico, tem a prerrogativa de calcular, ao menos de forma mínima, o montante relativo ao dano moral experimentado pela vítima. (Brasil, 2023)

No âmbito do já citado Superior Tribunal de Justiça, ao se destacar a expressão "danos morais coletivos" no repertório de jurisprudência daquela Corte, especificamente nas Quinta e Sexta Turmas, responsáveis pelo julgamento dos feitos em matéria criminal, localizou-se o universo de 101 decisões (97 monocráticas e 4 acórdãos) que, em regra, ao enfrentarem o tema, entenderam pelo descabimento da pretensão reparatória a esse título.

Por outro lado, importantes decisões foram igualmente proferidas, por meio das quais se reconheceu a possibilidade de fixação dos danos, nos seguintes termos:

> Dito de outra forma, a comprovação do dano civil é extraída do próprio contexto criminoso na perspectiva da prova no processo penal, justamente para que não acarrete uma demora desnecessária no processo criminal, desrespeitando a garantia constitucional da duração razoável.
>
> Ante o exposto, conheço do recurso especial e, com fundamento na Súmula n. 568 do STJ, dou-lhe provimento para fixar valor mínimo para reparação dos danos ocasionados pelo delito sub judice, observado o quantum pleiteado na exordial acusatória (REsp 2.066.562/PI, Rel. Ministro Ilan Paciornik, 26.10.2023). (Brasil, 2023)

No caso acima, pleiteava o recorrente – Ministério Público do Estado do Piauí - a condenação do acusado ao pagamento de reparação de danos pela prática do crime de feminicídio, para fins de custeio de despesas com funeral, viagens dos filhos da vítima, em valor não inferior a R$ 15.000,00, além da reparação mínima a título de danos morais coletivos, em valor não inferior a R$ 20.000,00 a serem revertidos em favor da sociedade de Passagem Franca do Piauí, para fins de realização de campanhas de conscientização do dever de respeito às mulheres.

Também recentemente, em importante julgado, no recurso especial 2.018.442/RJ, a Quinta Turma, por meio da relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, utilizando como fundamento o quanto decidido na Ação Penal 1.025/DF (julgada em 01.06.2023) pelo Supremo Tribunal Federal, deu provimento ao recurso especial do Ministério Público Federal, para reconhecer a possibilidade de fixação de danos morais coletivos na esfera penal

e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para avaliar se houve comprovação satisfatória de sua existência no caso específico.

E, em data igualmente recente, provendo recursos especiais do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, temos duas recentes e importantíssimas decisões, proferidas nos recursos especiais 2.069.034/MG, Rel. Ministro Jesuíno Rissato, DJe 25.10.2023 e 2.086.268/MG, Relatoria Ministro Joel Ilan Paciornik, DJe 01.12.2023, reconhecendo a possibilidade de fixação dos danos morais coletivos nos crimes envolvendo tráfico de drogas, embora não se debruçando a fundo quanto à questão, mas determinando o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais para fixação dos danos no caso concreto.

No próprio TJMG, já verificamos decisões também fixando a indenização por danos morais coletivos nos crimes relacionados à Lei 11.343/2006, a exemplo da decisão proferida nos autos da apelação criminal 1.0000.23.004468-7/001, embora tenha sido vencida a Desembargadora Relatora quanto a esse ponto específico:

> Não desconheço a existência de fundada controvérsia sobre a hipótese de cabimento de fixação de indenização por danos coletivos em ações penais, todavia, o hodierno entendimento da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal é no sentido de ser possível referida aplicação, conforme se depreende das ações penais nº 1030/DF, julgada em 22 de outubro de 2019, e nº 1002, julgada em 09 de junho de 2020.
>
> Sendo assim, após me debruçar sobre o tema e seguindo a atual orientação do Supremo Tribunal Federal, entendo ser admissível a fixação de indenização por danos coletivos em ações penais quando a conduta criminosa realizada pelo agente gerar manifesto prejuízo à coletividade.
>
> Ora, a meu ver, o art. 387, inciso IV, do CPP, analisado à luz do processo penal como instrumento de proteção coletiva e em consonância com o disposto no art. 5º, incisos V e X, da Constituição da República, não afasta a possibilidade de fixação de danos morais à coletividade, sendo certo que, evidenciada a situação, mister se faz a condenação do réu ao pagamento de indenização a título de dano moral coletivo, arbitrada em valor mínimo e proporcional ao caso concreto.
>
> Na hipótese, a fixação da indenização por danos coletivos se revela imperiosa, na medida em que a droga foi arrecada juntamente de anotações da atividade de traficância e de quantia em dinheiro. Ademais, de acordo com as denúncias recebidas pelos policiais, a casa do acusado era conhecido como ponto de tráfico, não se podendo desconsiderar, finalmente, a significativa quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos, que alcançaria um grande número de usuários, fomentando em grande escala as mazelas sociais gerados pelo tráfico de drogas.
>
> Vale dizer que o il. Promotor de Justiça requereu a fixação da indenização por dano moral coletivo na inicial acusatória, ausente, portanto, violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Por tais razões, fixo indenização a título de dano moral coletivo no importe de R$ 3.000,00 (três mil reais), a ser destinada ao Fundo Penitenciário do Estado de Minas Gerais criado por força da Lei 11.402/94.
>
> TJMG - Apelação Criminal 1.0000.23.004468-7/001, Relator(a): Des.(a) Paula Cunha e Silva , 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 11/07/2023, publicação da súmula em 12/07/2023. (Brasil, 2023)

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, em igual consulta, utilizando-se os termos "danos morais coletivos" e "crime" na ferramenta de pesquisa da jurisprudência, verificamos 29 (vinte e nove) decisões mencionando a questão, havendo importantes decisões reconhecendo o cabimento dos danos morais em favor da coletividade em relevantes casos, como o julgamento das ações penais relativas aos crimes contra as instituições democráticas, praticados em 08.01.2023, em que os réus foram condenados, de forma solidária, ao pagamento da quantia de R$30.000.000,00 (trinta milhões de reais) a esse título, a exemplo da Ação Penal 1.502, julgada em 14.09.2023 e publicado o acórdão em 19.02.2024.

Na mencionada ação, utilizou-se, inclusive, como argumento os fundamentos trazidos no julgamento das ações penais de n. 1.002 (julgamento em 09.06.2020 e acórdão publicado em 26.04.2021) e 1.025 (julgamento em 31.05.2023 e publicação em 21.09.2023).

Na primeira, em que se apurava a prática dos crimes de corrupção ativa e passiva e lavagem de dinheiro a então Deputado Federal e corréu, referente a esquema de propina no âmbito da Petrobrás, foram fixados, por ocasião do acórdão condenatório, danos morais coletivos, no importe de mais de seis milhões de reais, de forma solidária.

Necessário, por seu relevo e coerência, trazer os argumentos expendidos no voto do Ministro Relator Edson Fachin:

> O que se extrai do caso em análise é o absoluto desrespeito aos princípios de observância obrigatória pelo então exercente de função pública, sobre os quais não lhe foi outorgado qualquer limite transacional. A situação se agrava quando o distanciamento do interesse público é verificado na conduta e estimulado por legítimo representante do povo, em favor do qual os eleitores, no exercício da soberania popular, depositaram suas confianças para representá-los nos trabalhos voltados ao alcance dos objetivos da República.
>
> É inegável que a atuação sorrateira de agente público, em coautoria com pessoa de sua confiança, que desvia suas atividades para a articulação de negociações espúrias voltadas para a manutenção de um instrumento apto a lhe garantir, de forma indevida, recursos, ao fim e ao cabo, pertencentes à sociedade brasileira, atinge diretamente os valores previstos constitucionalmente como essenciais para a construção de uma "sociedade livre, justa e solidária" (art. 3º, I, da Constituição Federal), bem como a legítima expectativa de seus representados de que o mandato que lhe fora outorgado e as funções públicas que lhe foram acometidas fossem exercidos em conformidade com os princípios constitucionais que regem a administração pública.
>
> Tais circunstâncias são aptas a demonstrar o necessário nexo causal entre as condutas praticadas pelos acusados e o dano moral coletivo ocasionado à sociedade brasileira, razão pela qual reputo configurados os pressupostos da responsabilidade civil que lhes obriga ao dever de indenizar, nos termos do art. 927 do Código Civil.
>
> Diante da ofensa a direitos difusos, ou seja, pertencentes a titulares indeterminados, os danos morais coletivos, no caso em análise, têm função eminentemente punitiva, razão pela qual a sua quantificação deve ser guiada primordialmente pelo seu caráter pedagógico, que acolhe tanto a prevenção individual como a geral.

Já no julgamento da ação penal 1.025, sob a mesma relatoria, com fundamentação semelhante, foi fixado o valor de vinte milhões de reais também a esse título, de forma solidária, decorrente do reconhecimento da prática dos crimes de corrupção passiva, lavagem de dinheiro, associação criminosa, de então Senador da República e corréus por igual esquema de corrupção no âmbito da mencionada sociedade de economia mista.

Como se vê, a temática, por sua destacada relevância jurídica, se encontra em franca discussão no âmbito dos debates das Cortes jurisdicionais brasileiras e da formação dos precedentes judiciais, a demonstrar, por conseguinte, a necessidade de aprofundamento da discussão, a contribuir para a maior efetivação dos direitos fundamentais coletivos na esfera penal, em prol da reparação de bens pertencentes à sociedade.

6.1 - DA ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

No âmbito de atuação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, sua Procuradoria de Justiça com Atuação nos Tribunais Superiores, responsável pela análise dos acórdãos criminais proferidos pelo TJMG e interposição de recursos especiais e extraordinários, além de outras medidas junto ao STJ e STF, tem desenvolvido importante papel na busca de se firmar a tese ora tratada neste trabalho.

Para tanto, foram estabelecidos testes de fatores para recorribilidade estratégica junto ao Superior Tribunal de Justiça, com a seleção de casos que proporcionem o melhor desenvolvimento e debate da questão na postulação recursal, com a delimitação das teses jurídicas ao final dos recursos, possibilitando que a matéria direcionada à instância superior obtenha maior chance de êxito no acolhimento da pretensão.

Exemplo deste trabalho são as duas recentes decisões acima destacadas, provenientes de recursos especiais interpostos pela PJTS, além de inúmeros outros casos e recursos já interpostos em que se aguarda o pronunciamento do STJ, com a expectativa de que a tese possa se consolidar naquele Tribunal.

Paralelo a esta atuação, a PJTS também tem desenvolvido trabalho de forte integração e interlocução com os Promotores de Justiça atuantes em primeiro grau para possibilitar a discussão das questões e das teses suscitadas nos recursos ofertados, para estabelecimento de estratégias de atuação mais qualificadas e consentâneas com as atuais exigências trazidas pelos Tribunais Superiores no tocante à matéria.

Objeto de debate também é a importância da realização do prequestionamento desde o primeiro grau, os requisitos das denúncias a serem ofertadas, com pedido de dano que permita reparação adequada, contraditório integralizado, evitando-se decisão surpresa e o melhor desen-

volvimento da atuação probatória em juízo, tudo para potencializar a atuação da Instituição nesse tema caro à defesa da sociedade.

Nesta perspectiva, ressai, portanto, o forte protagonismo do Ministério Público, cuja posição se alinha ao perfil constitucional a ele atribuído pela Constituição da República de 1988, que lhe assegurou, como função institucional, a titularidade privativa da ação penal pública (art. 129, I, CP) e lhe incumbiu de defender a ordem jurídica, o regime democrático, os interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput),* o que inclui, a toda evidência, a busca pela integral reparação dos danos – especialmente aos bens jurídicos coletivos – causados pela infração penal.

7 - CONCLUSÃO

Em arremate às exposições apresentadas ao longo do presente estudo, buscou-se verificar e confirmar a hipótese trazida em linhas iniciais: considerando que a sentença penal condenatória deve fixar a reparação mínima pelos danos causados pela infração penal, conforme estabelecido pelo art. 91, I, CP e art. 387, IV, CPP, afigura-se poder-dever do magistrado, no momento da prolação da decisão condenatória, o estabelecimento dos danos extrapatrimoniais suportados pela coletividade, nas hipóteses em que figurar como sujeito passivo das infrações penais praticadas?

E a resposta a que se chega é eminentemente afirmativa.

Incontroverso que o novo modelo constitucional brasileiro trouxe consigo a força normativa que espraia dos direitos fundamentais, com destaque para aqueles titularizados pela coletividade, do que são importantes exemplos o meio ambiente, a defesa do consumidor, da ordem econômica, da probidade administrativa, da segurança pública e o combate ao tráfico de entorpecentes.

E, por esta razão, a compreensão do comando constitucional de efetivação de tais direitos – como garantia fundamental da sociedade a partir de violação a bens jurídicos por ela titularizados, deve também, em necessário diálogo com as demais fontes normativas infraconstitucionais, nortear a atuação do sistema penal brasileiro.

Bem por isso que, a partir de 2008, a sentença penal condenatória passou a contar, obrigatoriamente, como um de seus requisitos, com a fixação do valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

A razão de ser de tal normativa adequa-se também à garantia constitucional da razoável duração do processo e da inafastabilidade da jurisdição, em sua perspectiva de efetividade e celeridade processual, somado, ainda, à conformação da vítima como sujeito de direitos da relação penal e, portanto, necessariamente considerada para ver, ao final, não só a punição daquele que contra si praticou a conduta criminosa, mas igualmente ter seu dano reparado pelo ilícito praticado.

E, partindo da premissa de um novo modelo de resposta estatal na esfera penal, indissociável reconhecer que a pós-modernidade trouxe consigo novas formas de violação a bens jurídicos penais titularizados pela sociedade, a merecer igual tratamento reparatório em sede penal.

Não há mais espaço para distinção entre lesão a patrimônios individuais e coletivos como forma de se desprezar a pretensão reparatória nesta segunda situação (dimensão coletiva do dano), sendo dever do magistrado, a partir da lide penal que lhe é submetida a julgamento, fixar, ao momento da sentença condenatória, o valor mínimo dos danos causados, também quando decorrentes de violações a bens jurídicos coletivos, como medida de máxima efetividade da tutela penal coletiva.

Os exemplos são muitos, atuais, necessários e as novas espécies de danos, como os danos morais coletivos e danos sociais, já admitidos com certo consenso doutrinário e jurisprudencial, além de novas formas (danos existenciais e os danos sociais hídricos), impõem a readequação de uma estrutura pautada na relação individual e uma nova forma de pensar a persecução penal, trazendo a seu campo de incidência a perspectiva sob esse enfoque ampliado das violações difusas.

Emerge, nestes casos, a necessidade de observância ao caráter sancionatório- pedagógico, a representar ao ofensor e a terceiros potenciais a manifestação estatal de absoluta intolerabilidade a novas violações aos bens jurídicos coletivos, objetivando-se não somente a punição (perspectiva repressiva), mas também o propósito de dissua-

são, individual e geral, dos comportamentos negativos futuros (viés de desestímulo e prevenção).

Exemplos que dominam a atuação do cotidiano da Justiça Criminal, como a persecução relativa ao tráfico de drogas e também nos crimes envolvendo práticas de corrupção, demonstram, com clareza, o impacto causado à coletividade por estas condutas ilícitas, influenciando a dinâmica da segurança e saúde pública, no caso do tráfico de drogas, e a grave frustração, nos crimes de corrupção, de consecução de políticas públicas essenciais, voltadas à garantia de direitos fundamentais mínimos, ensejando a configuração dos danos extrapatrimoniais nestas situações.

Não há dúvidas, por conseguinte, que, a partir dessas premissas, representa poder-dever do magistrado, no momento da prolação da decisão condenatória, o estabelecimento dos danos extrapatrimoniais suportados pela coletividade, nas hipóteses em que figurar como sujeito passivo das infrações penais praticadas, como conclusão proposta no presente estudo.

Inclusive porque a efetivação da reparação dos bens jurídicos penais coletivos pelo magistrado, conforme trazido ao longo da presente discussão, tem por base determinante a Constituição, cujo corpo normativo sustenta e estabelece os valores e interesses que fundamentam e dão substância aos bens jurídicos coletivamente considerados.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores ainda se encontra em estágio de construção a respeito do tema, mas já com decisões relevantes no âmbito do STJ e STF a acolher o pleito reparatório nas ações penais envolvendo violações a bens jurídicos coletivos.

E, na consecução deste objetivo, ressai, em arremate e como visto, o forte protagonismo do Ministério Público, cuja posição se alinha ao perfil constitucional a ele atribuído pela Constituição da República de 1988, que lhe assegurou, como função institucional, a titularidade privativa da ação penal pública (art. 129, I, CP) e lhe incumbiu de defender a ordem jurídica, o regime democrático, os interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput),* a incluir, também como garantidor dos direitos fundamentais titularizados pela coletividade, a busca pela integral reparação dos danos – especialmente aos bens jurídicos coletivos – causados pela infração penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. **Considerações sobre o Sistema Acusatório no** Âmbito **do Direito Processual Penal Coletivo. Sistema acusatório nos 35 anos da CF/88.** / Galtiênio da Cruz Paulino, João Paulo Santos Schoucair, Octahydes Ballan Junior (orgs). – Londrina, PR: Thoth, 2023, p. 539/549.

. **Direito Processual Penal Coletivo: A Tutela Penal dos Bens Jurídicos Coletivos: Direitos ou Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos.** Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2019

. Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social.** Revista Trimestral de Direito Civil, v. 5, n. 19, p. 211-218, 2004

BARBOSA, Renato Kim. **Corrupção e Dano Social: análise da responsabilidade civil inclusive na nova lei de improbidade administrativa**. São Paulo, SP: Almedina, 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 569.

BRASIL **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 2085.514/MG, Relator Ministro Messody Azulay Neto, DJe 25.08.2023

. **Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal.

. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal.

. **Lei nº 11.343, de 23 agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas** - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

. **Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2088**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. Brasília, 20 de junho de 2008; 187º da Independência e 120º da República.

. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 2.066.562/PI,** Relator Ministro Ilan Paciornik, 26.10.2023

. **Superior Tribunal de Justiça. REsp 2.069.034/MG**, Relator Ministro Jesuíno Rissato, DJe 25.10.2023

. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal 1.0000.23.150544-7/001**, Relator(a): Des.(a) Âmalin Aziz Sant'Ana, 8ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 19/10/2023, publicação da súmula em 20/10/2023.

. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal 1.0000.23.004468-7/001**, Relator(a): Des.(a) Paula Cunha e Silva, 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 11/07/2023, publicação da súmula em 12/07/2023)

. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal 1.0000.23.160499-2/001.** Relator(a): Des.(a) Doorgal Borges de Andrada , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 18/10/2023, publicação da súmula em 19/10/2023).

CABRAL, Antônio do Passo. **O Valor Mínimo da Indenização Cível Fixado na Sentença Condenatória Penal: Notas Sobre o Novo Art. 387, IV, CPP**. Revista da EMERJ, v. 13, n. 49, 2010, p. 302 – 328

DOMINGOS, Carlos Eduardo de Moraes. **A fixação do valor indenizatório na sentença penal condenatória: fase instrutória e prova da pretensão cível.** Revista Fórum de Ciências Criminais, Belo Horizonte, ano 6, n.12, p. 85 – 115, jul – dez 2019

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Medida por Medida para um Sistema Acusatório Sem Abusos: Fixação de Indenização na Sentença Condenatória e o Respeito** à **Congruência. Sistema acusatório nos 35 anos da CF/88.** / Galtiênio da Cruz Paulino, João Paulo Santos Schoucair, Octahydes Ballan Junior (orgs). – Londrina, PR: Thoth, 2023.

FILHO, Carlos Alberto Bittar. **Do Dano Moral Coletivo no Atual Contexto Jurídico Brasileiro. Revista de Direito do Consumidor**, vol. 12, 1994, p. 44 – 62, out – dez, 1994

FILHO, Erivaldo Cavalcanti e Silva; CAVALCANTI, Carla Cristina Alves Torquato. **Por uma Nova Categoria de Dano: A Responsabilidade Civil do Estado por Dano Social Hídrico**. In Novos danos na pós-modernidade / Gustavo Borges, Maurilio Casas Maia (organizadores) – 1. ed, 2 reimp. – Belo Horizonte, São Paulo: D´Plácido, 2021, pg. 367-388

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume** único, 7. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. Juspodium, 2019, p. 336/337

LIMA, Tadeu Augimeri de Goes. **Persecução penal e interesses supraindividuais: diálogos com o processo coletivo.** 1.ed. – Belo Horizonte, São Paulo: D´Plácido, 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil – Do "Diálogo das Fontes" no Combate** às **Cláusulas Abusivas.** Revista de Direito do Consumidor, vol. 45/2003, p. 71-99, Jan – Mar 2003.

MICHELS, Rosane Ramos de Oliveira. **Indenização dos Danos** às **Vítimas na Sentença Criminal: Controvérsias Procedimentais na Legislação Vigente e a Alteração para o Sistema de Adesão Civil no Projeto do Novo Código de Processo Penal**. Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 45, n. 144, junho 2018, p. 429/473

NETO, Xisto Tiago de Medeiros. **O Dano Moral Coletivo e o Valor da sua Reparação**. Revista TST, Brasília, vol. 78, no 4, out – dez 2012, pg. 288 a 304.

SCHWARTZ, Fábio. **O Dano Moral Coeltivo e a Hdira de Lerna. In Novos danos na pós- modernidade** / Gustavo Borges, Maurilio Casas Maia (organizadores) – 1. ed, 2 reimp. – Belo Horizonte, São Paulo: D´Plácido, 2021, pg. 351-SILVA, Arlei Wiclif Leal da. **Os danos Sociais e o Caráter Punitivo e Dissuasório da Responsabilidade Civil.** Revista de Direito Privado, vol. 111/2022, p. 87 – 108, jan – mar 2002.

ZANETTI, Andrea Cristina; TARTUCE, Fernanda. **O dano existencial sob a perspectiva da reparação integral: destaques doutrinários e jurisprudenciais. In Novos danos na pós- modernidade** / Gustavo Borges, Maurilio Casas Maia (organizadores) – 1. ed, 2 reimp. – Belo Horizonte, São Paulo: D´Plácido, 2021, pg. 177 - 200

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A DISCUSSÃO SOBRE A NATUREZA DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE ESTÁ DE VOLTA?

LIDIANE DUARTE HORSTH

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A DISCUSSÃO SOBRE A NATUREZA DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE ESTÁ DE VOLTA?

LIDIANE DUARTE HORSTH

RESUMO: No presente artigo, investiga-se, com base nas recentes decisões dos órgãos colegiados superiores, a posição jurisprudencial relativa à caracterização do crime de estupro de vulnerável, tendo como principal foco temático a presunção de vulnerabilidade baseada no critério etário. Retomando a posição doutrinária adotada a partir de 2009, busca-se analisar e traçar uma linha cronológica das decisões mais recentes, visando determinar a existência – ou inexistência – de um crescente dissenso acerca do tema abordado e da sua relevância para uma possível mudança da concepção do aplicador do direito sobre o tema. Para tanto, serão explorados os elementos e as circunstâncias do crime de estupro de vulnerável no Brasil, assim como a decisão paradigma fundante da posição até então majoritária – que define como absoluta a presunção de vulnerabilidade de indivíduos menores de 14 anos – e as novas decisões que inauguram o recente debate ao excepcionar tal presunção.

PALAVRAS-CHAVE: Estupro de Vulnerável; Crimes Contra a Dignidade Sexual; Presunção de Vulnerabilidade; Idade de Consentimento; Jurisprudência.

ABSTRACT: This article seeks to investigate, based on recent decisions of higher collegiate bodies, the current jurisprudential position regarding the characterization of the crime of rape of a vulnerable person, having as its main thematic focus the presumption of vulnerability based on the age criterion. Resuming the doctrinal position adopted since 2009, it seeks to analyze and draw a chronological line of the most recent decisions, aiming to determine the existence — or non-existence — of a growing dissent regarding the topic addressed and its relevance for a possible change in conception of the law enforcer on the subject. To this end, the elements and circumstances of the crime of rape of a vulnerable person in Brazil will be explored, as well as the founding paradigm decision of the hither to majority position — which defines as absolute the presumption of vulnerability of individuals under the age of 14
— and the new decisions that inaugurate the recent debate, excepting such presumption.

KEYWORDS: Rape of Vulnerable Persons; Crimes Against Sexual Dignity; Presumption of Vulnerability; Age of Consent; Jurisprudence.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO 230

2 - DO CRIME CONTRA OS COSTUMES AO CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL 230

2.1 - DO ESTUPRO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA 230

2.2 - DO ESTUPRO DE VULNERÁVEIS A PARTIR DA LEI N.º 12.015/2009 232

3 - DA POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL VIGENTE SOBRE O TEMA 234

3.1 - A TESE REPETITIVA FIRMADA PELA 3ª SEÇÃO DO STJ 234
NO JULGAMENTO DO RESP 1480881/PI

3.2 - DA DERROTABILIDADE DA TESE REPETITIVA FIRMADA PELA 3ª SEÇÃO DO STJ 236
NO JULGAMENTO DO RESP 1480881/PI PELOS RECENTES JULGADOS DO STJ

4 - DA LEITURA ATUAL DO TEMA PELO STJ 238

4.1 - A VULNERABILIDADE DA VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS: 240
PRESUNÇÃO ABSOLUTA OU RELATIVA?

4.2 - A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE SEXUAL DO ADOLESCENTE FRENTE 241
À PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES CONTRA A VIOLÊNCIA SEXUAL

5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS 244

REFERÊNCIAS 245

1 - INTRODUÇÃO

O tipo penal do artigo 217-A do Código Penal – estupro de vulnerável – foi introduzido no Código Penal pela Lei nº 12.015/2009. Tal dispositivo legal trouxe para o Estatuto Penal o conceito de vulnerável e sepultou, a princípio, a clássica controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da presunção de violência, considerada elemento do revogado artigo 224 do CP.

Assim, o legislador pretendeu, por meio da citada lei, analisar a conduta do agente de forma objetiva. Se alguém mantém relações sexuais com conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com pessoa vulnerável, sua conduta se subsume ao artigo 217-A do CP.

O termo "vulnerável", dessa forma, constitui elemento objetivo do tipo penal, sendo que, no caso da situação de vulnerabilidade pelo critério etário – menor de 14 anos –, não há de se analisar se o ofendido era vulnerável naquele caso concreto; isto é, não se permite valoração pelo intérprete. Se a vítima era menor de 14 anos, fica caracterizada a condição de vulnerabilidade pela ficção legal absoluta.

Esse critério objetivo foi, ainda, reforçado pela jurisprudência com a publicação, em outubro de 2017, pelo Superior Tribunal de Justiça, da Súmula 593. Tal súmula reforçou a objetividade do critério etário no estupro de vulnerável ao preceituar que eventual consentimento da vítima para a prática do ato sexual, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso do ofendido com o agente são irrelevantes para configurar o tipo do artigo 217-A.

Esse posicionamento jurisprudencial foi, logo em seguida, no ano de 2018, abraçado pelo legislador, que incluiu no artigo 217-A do Código o §5º, no qual explicita que as penas no crime de estupro de vulnerável são aplicáveis ainda que a vítima tenha consentido com a prática sexual ou de ela já ter experiência sexual anterior.

A aplicação do direito pelas cortes superiores, porém, revelada pelas últimas decisões acerca do tema, demonstra a retomada do antigo debate acerca do caráter absoluto ou relativo – antes da presunção de violência e hoje da presunção de vulnerabilidade.

Ao se examinarem alguns recentes julgados do STJ, como os realizados pelas 5ª e 6ª Turmas do STJ nos anos de 2022 e 2023, percebe-se o modo como os ministros se debruçaram sobre a análise do consentimento da vítima e ponderaram se a fixação do conceito de vulnerabilidade por meio de um critério meramente etário não representaria a adoção de uma responsabilidade penal objetiva.

Essa reflexão se propõe, inicialmente, a examinar como a alteração do conceito de presunção de violência pelo da vulnerabilidade, trazida pela Lei nº 12.015/2009 ao nosso ordenamento jurídico penal, vem sendo considerada pelas cortes superiores, notadamente no que concerne aos julgamentos dos crimes de estupro de vulnerável em que a vítima, considerada vulnerável pelo critério etário, anui com as relações sexuais com o autor do delito.

Em sequência, busca-se analisar o atual contexto do debate acerca do conceito de vulnerabilidade, verificar se o posicionamento majoritário dos julgadores está hoje em harmonia com os princípios da adequação social e da dignidade da pessoa humana e analisar se os tribunais superiores permanecem reafirmando a opção do legislador de 2009.

Por fim, ponderando-se as teses majoritárias e minoritárias sobre a questão, pretende-se com esse estudo concluir qual seria a melhor opção do intérprete do direito para assegurar a proteção integral de crianças e adolescentes contra a violência sexual sem afrontar a liberdade de escolha e a dignidade do adolescente do século XXI.

2 - DO CRIME CONTRA OS COSTUMES AO CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

2.1 - DO ESTUPRO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

O crime de estupro, como não poderia deixar de acontecer, está previsto na legislação do Brasil como país independente desde o Código Criminal do Império, de 1830, e esteve previsto também no Código Penal republicano de 1890.

Nesses dois estatutos, era perceptível a discriminação à mulher prostituta ou simplesmente àquela que não fosse virgem, sendo as penas do crime praticado contra a "mulher honesta"

ou contra a "mulher virgem" consideravelmente mais altas.

O Código republicano de 1890, em seu artigo 272, já trazia a ideia de presunção de violência, preconizando:

> Presume-se commettido com violência qualquer dos crimes especificados neste e no capítulo precedente, sempre que a pessoa ofendida fôr menor de 16 anos. (BRASIL, 1890).

Em 1932 a Consolidação das Leis Penais, no seu artigo 269, passou a considerar violência não somente a força física, mas, também, quaisquer meios ardis capazes de privar a mulher de sua capacidade de resistir ao ato sexual contra ela praticado, trazendo uma ideia de vulnerabilidade da vítima.

O Título VI da redação original do Código Penal de 1940 – crimes contra os costumes — capítulo I – Dos crimes contra a liberdade sexual, trouxe a previsão do estupro no seu artigo 213 e do atentado violento ao pudor no artigo 214.

A configuração do crime de estupro contra menores, lado outro, se dava pela combinação das figuras típicas previstas no artigo 213 ou 214 com o artigo 224 daquele estatuto penal, que trazia no 224 a figura da presunção de violência. Nos casos em que a mulher envolvida na prática de atos sexuais era menor de 14 anos de idade, presumia-se que o homem havia agido com violência, sendo, assim, tal violência ficta. Essa ideia de presunção de violência foi alvo de intensas discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

A maioria dos doutrinadores defendia a relatividade dessa presunção de violência, chegando alguns a combaterem até mesmo essa ideia de presunção ao argumento de que ela trazia a responsabilidade objetiva para o âmbito do direito penal, o que era inadmissível.

Jayme Walmer de Freitas (2016), sobre a presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal de 1940 em sua redação original, afirmou que:

> De todo modo, foi correta a exclusão da figura da presunção, uma vez que esta deve ser evitada no Direito Penal, mormente quando contrária aos interesses do réu. (FREITAS, 2016, p. 45).

Citando vários juristas expoentes do Direito Penal, destacou o posicionamento de Nelson Hungria sobre o assunto:

> Hungria já nos ensinava que essa presunção de violência tinha natureza relativa, ou seja, admitia prova em contrário (Comentários ao Código Penal, v. VIII, p. 230), visando à não transigência com a responsabilidade objetiva. (FREITAS, 2016, p. 45).

A jurisprudência, lado outro, apesar dos posicionamentos minoritários, sempre tendeu a interpretar a figura da presunção de violência prevista pelo legislador no artigo 224 do CP como absoluta. Foi somente em 2009 que o legislador editou a Lei n.º 12.015 com o intuito de extirpar a presunção do texto legal e sepultar as discussões acerca do tema.

O diploma legislativo de 2009 procurou dar uma nova roupagem aos crimes sexuais. De início já alterou a nomenclatura do Título VI do Código Penal, substituindo o termo "crimes contra os costumes" por "crimes contra a dignidade sexual" em uma tentativa de incorporar ao nosso ordenamento jurídico a ideia de que o respeito à opção das pessoas de como desejam levar sua vida sexual é uma maneira de se assegurar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

A ideia de que o Código Penal tutelava os "costumes", ditando como as pessoas deveriam se comportar sexualmente na sociedade e definindo parâmetros éticos e de moralidade pública, revelava uma visão antiquada dos hábitos de uma sociedade já ultrapassada, que não mais se coadunava com aquela sociedade do século XXI.

Assim, adotar a "dignidade sexual" no lugar dos "costumes" como objeto de tutela pelo sistema legal nacional representou um avanço social que buscou eliminar dispositivos penais que se fundavam em concepções machistas e discriminatórias da sexualidade.

Com isso, o bem jurídico a merecer a proteção estatal passou a ser a "dignidade", a "liberdade" sexual e não mais os "costumes", os padrões sociais de comportamento sexual definidos por uma sociedade e por uma época.

2.2 - DO ESTUPRO DE VULNERÁVEIS A PARTIR DA LEI N.º 12.015/2009

Com inspiração nesses ideais de tutela da dignidade da pessoa humana, que inclui a dignidade sexual, a Lei n.º 12.015/2009 introduziu no Código Penal, no artigo 217-A, a figura típica do estupro de vulneráveis.

Tal dispositivo trouxe para o Estatuto Penal o conceito de vulnerável, sepultando, a princípio, a clássica controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da presunção de violência, considerada elemento do revogado artigo 224 do CP. Buscou o legislador, com isso, adotar o critério etário como elemento do tipo de forma a não admitir qualquer relativização.

O termo "vulnerável" passou a constituir elemento objetivo do tipo penal, sendo que, no caso da situação de vulnerabilidade pelo critério etário – menor de 14 anos –, não há de se analisar se o ofendido era vulnerável naquele caso concreto, não se permitindo valoração. Se a vítima era menor de 14 anos, fica caracterizada a condição de vulnerabilidade pela ficção legal absoluta; o legislador pretendeu, com isso, extinguir qualquer debate relativo às circunstâncias fáticas em que a prática sexual ocorreu, sobretudo se houve ou não o consentimento da vítima.

Deve-se ressaltar que a intenção do legislador ao editar a lei citada foi a de respeitar a dignidade e a liberdade sexual das pessoas. Buscou proteger, no entanto, os vulneráveis, que, seja por sua pouca idade, seja por qualquer outra circunstância permanente ou transitória que limite sua capacidade de compreensão, não pode consentir com práticas sexuais.

Rodrigo Moraes Sá (2013), ao analisar o tipo penal em estudo, afirma:

> Sob o prisma criminal, a vulnerabilidade está intimamente ligada à ideia de pessoas que não detêm aptidão psicológica para compreender o caráter lascivo do ato sexual ou sequer possuem condições mínimas de normalidade psíquica para manifestarem livremente seu desejo quanto à prática da relação sexual. Não é à toa que este termo fora empregado, já que tem o significado daquele que se encontra do lado fraco de uma questão ou do ponto onde alguém pode ser atacado. (SÁ, 2013, p. 6).

Assim, o que pretendeu a citada lei foi tratar a conduta do agente de forma objetiva. Se alguém mantém conjunção carnal ou pratica qualquer outro ato libidinoso com pessoa vulnerável, sua ação se subsume ao artigo 217-A do CP.

E, no tocante às práticas sexuais com menores de quatorze anos, pretendeu o legislador, ao fixar um critério etário, eliminar qualquer relativização ou análise de circunstância fática para a caracterização do ilícito. Se a vítima é menor de quatorze anos, é vulnerável, e se alguém pratica atos sexuais com ela sua conduta se amolda ao crime de estupro de vulnerável. E ponto final.

A *mens legislatoris*, sem dúvida, vai ao encontro da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente e se apoia na necessidade de se diminuírem os alarmantes índices de prostituição infantil e da iniciação sexual precoce das crianças brasileiras.

Passou-se, assim, da antiga análise da presunção – absoluta ou relativa – de violência pelo autor do crime para o olhar sobre a condição da vítima que, não podendo oferecer resistência, em decorrência da pouca idade ou do seu estado físico ou mental, é considerada vulnerável.

Guilherme de Souza Nucci (2010) salienta:

> Vale observar que não há qualquer parâmetro justificativo para a escolha em tal faixa etária, sendo tão somente uma idade escolhida pelo legislador para sinalizar o marco divisório dos menores que padecem de vicio de vontade, a ponto de serem reconhecidos pelo status de vulneráveis, daqueles que possam vivenciar práticas sexuais sem impedimentos. Verifica-se, pois, que a definição de patamar etário para a caracterização da vulnerabilidade é baseada numa ficção jurídica, que nem sempre encontrará respaldo na realidade do caso concreto, notadamente quando se leva em consideração o acentuado desenvolvimento dos meios de comunicação e a propagação de informações, que acelera o desenvolvimento intelectual e capacidade cognitiva das crianças e adolescentes. (NUCCI, 2010, p. 395).

Logo em seguida à edição da Lei n.º 12.015/2009 iniciaram-se os debates doutrinários acerca da natureza da vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável. Para a parte da doutrina e da jurisprudência predominantes até a época da alteração legislativa mencionada, essa análise etária objetiva preconizada pelo artigo 217-A do CP é constitucional e se amolda aos ideais protecionistas da

Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Cristiane Dupret (2009) ensina que a evolução social não pode ser alegada como razão para se deixar de fixar limites às experiências sexuais, principalmente o limite etário, uma vez que a ausência de parâmetros éticos viola os direitos das crianças e adolescentes a ter um desenvolvimento físico, psicológico e moral sadios.

> Se continuarmos aceitando que a evolução social cada vez mais relativize o conceito de infância, em breve as pessoas pularão duas fases importantíssimas de seu desenvolvimento físico, psicológico e moral: a infância e o início da adolescência. A sociedade não pode, e muito menos a lei, aceitar e justificar que pessoas, no início de seu desenvolvimento, sejam submetidas a atos libidinosos não condizentes com o seu desenvolvimento físico. Dessa forma, acreditamos que o conceito de vulnerável do art. 217-A estabelece ideal proteção aos menores de 14 anos. (DUPRET, 2009, p. 22).

Rogério Greco (2009) faz coro a Dupret, ao analisar o tipo penal em estudo:

> Hoje, com louvor, visando acabar, de vez por todas, com essa discussão, surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o delito que se convencionou denominar de estupro de vulnerável, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade que se encontra a vítima. Agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos. (GRECO, 2009, p. 529).

Para os doutrinadores citados, a Lei n.º 12.015/2009, ao incluir como elemento objetivo do tipo a vulnerabilidade do menor de 14 anos, proíbe peremptoriamente a prática sexual a esse público. Para esse grupo de estudiosos, os menores de 14 não possuem autodeterminação sexual por não terem autonomia. A vulnerabilidade desse público é presumida pela lei, não cabendo qualquer valoração nessa hipótese.

Greco, ao discorrer sobre o crime de estupro de vulnerável, afirmou que o antigo crime do artigo 224 do Código Penal previa a presunção de violência para os casos de relacionamentos sexuais com menores de 14 anos; os tribunais, no entanto, em alguns casos, relativizaram esse conceito de violência presumida. Disse, ainda, que agora, com a edição da Lei n.º 12.015/2009, "não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos" (GRECO, 2009, p. 529).

Guilherme Nucci (2009), de forma diferente dos penalistas citados, ao comentar a lei que introduziu o novo artigo 217-A no Código Penal, em obra datada do mesmo ano de edição da lei – 2009, já ponderou que a vulnerabilidade, assim como a presunção de violência para menores de 14 anos, não seria vista de forma absoluta. Para Nucci, a jurisprudência acabaria tendo que relativizar esse conceito, observando a autodeterminação da vítima para considerar se o seu consentimento foi ou não relevante no caso concreto, principalmente nos casos em que tal vítima fosse adolescente (entre 12 e 14 anos).

> A proteção conferida aos menores de 14 anos, considerados vulneráveis, continuará a despertar debate doutrinário e jurisprudencial. O nascimento de tipo penal inédito não tornará sepultada a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma (*sic*) como sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? (NUCCI, 2009, p. 37).

Jayme Walmer de Freitas (2016, p. 56), dissertando sobre a presunção de violência, rememora os ensinamentos de Nelson Hungria e cita trecho da obra do grande penalista na qual ele mencionou observação feita pelo então Ministro Francisco Campos na Exposição de Motivos do Código de 1940:

> [...] O fundamento legal de ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre, se se presta à lascívia de outrem [...] (HUNGRIA, 1981 *apud* FREITAS, 2016, p. 56).

E, em 1940, já entenderam os doutrinadores que a idade de 16 anos fixada pelo Código Penal republicano de 1890 poderia ser reduzida para 14, tudo isso porque em 50 anos (entre o Código republicano de 1890 e o Código Penal de 1940) já havia ocorrido uma mudança de mentalidade da sociedade, o que justificava a redução da idade

em que a vítima menor deveria ser considerada vulnerável de 16 para 14 anos. Freitas (2016, p. 56) ainda cita observação de Alberto Silva Franco e Tadeu Antônio Dix Silva sobre a discussão da época:

> [...] contínuas, profundas e radicais transformações, não se poderia, realmente, esperar que o direito penal, em matéria sexual, permanecesse numa postura de total indiferença e que continuasse a adotar conceitos (ou preconceitos?) já esgotados de significado. Teve, como é óbvio, de adotar novas posições, de passar por um processo de recomposição e de reavaliação. Antes de tudo, renunciou à tendência de ditar normas em nome da moralidade e declarou sua neutralidade em face de diversas modalidades de orientação ou opção sexual [...]. (FRANCO; SILVA *apud* FREITAS, 2016, p. 56).

Travou-se, assim, após a edição da lei de 2009, no campo doutrinário e jurisprudencial, uma ferrenha discussão acerca do caráter absoluto ou relativo dessa vulnerabilidade do menor de quatorze anos. Muitos defendiam ter a vulnerabilidade caráter absoluto, sendo o menor de 14 anos hipossuficiente, frágil, incapaz de consentir validamente para a realização de qualquer ato sexual.

Outros, de forma divergente, preconizavam a relatividade do conceito nos casos em que a vítima demonstrasse conhecimento e experiência em relação à prática sexual e sustentavam essa posição, também, no decurso de quase 70 anos de evolução social quando da fixação dessa idade de 14 anos.

No campo doutrinário, prevaleceu a opinião de que essa vulnerabilidade da vítima de 14 anos deveria ser tida como relativa.

3 - DA POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL VIGENTE SOBRE O TEMA

3.1 - A TESE REPETITIVA FIRMADA PELA 3ª SEÇÃO DO STJ NO JULGAMENTO DO RESP 1480881/PI

Alinhando-se ao legislador de 2009 e aos doutrinadores que defendiam o caráter absoluto da vulnerabilidade dos menores de 14 anos, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2015, julgou o REsp 1.480.851/PI, que, sob o rito dos recursos repetitivos, fixou a tese de que o crime de estupro de vulnerável se configura com a mera prática de ato sexual com menor de 14 anos, tendo tal vulnerabilidade caráter absoluto diante da idade da vítima.

> RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
>
> 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse voluntariamente ao ato sexual (EREsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010).
>
> 2. No caso sob exame, já sob a vigência da mencionada lei, o recorrido manteve inúmeras relações sexuais com a ofendida, quando esta ainda era uma criança com 11 anos de idade, sendo certo, ainda, que mantinham um namoro, com troca de beijos e abraços, desde quando a ofendida contava 8 anos. 3. Os fundamentos empregados no acórdão impugnado para absolver o recorrido seguiram um padrão de comportamento tipicamente patriarcal e sexista, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitiva, para, somente a partir daí, julgar-se o réu. 4. A vítima foi etiquetada pelo "seu grau de discernimento", como segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que "nunca manteve relação sexual com o acusado sem a sua vontade". Justificou-se, enfim, a conduta do réu pelo "discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento", não se atribuindo qualquer relevo, no acórdão vergastado, sobre o comportamento do réu, um homem de idade, então, superior a 25 anos e que iniciou o namoro – "beijos e abraços" – com a ofendida quando esta ainda era uma criança de 8 anos. 5. O exame da história das ideias penais – e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro – demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais. 6. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada

preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto- juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal. 7. A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psiquicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas – em menor ou maior grau – legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar. 8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais existentes em um país com dimensões continentais e de tornar írrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população. 9. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de Buriti dos Lopes/PI, por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal, assentando-se, sob o rito do Recurso Especial Repetitivo (art. 543-C do CPC), a seguinte tese: Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime. ACÓRDÃO Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial representativo da controvérsia, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, assentando-se a seguinte tese: para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime. (Recurso Especial nº 1480881). (BRASIL, 2015).

Essa tese culminou na edição pelo STJ, em outubro de 2017, da Súmula 593, que reforçou a objetividade do critério etário no estupro de vulnerável ao preceituar que eventual consentimento da vítima para a prática do ato sexual, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso do ofendido com o agente são irrelevantes para a configuração do tipo do artigo 217-A.

O Ministro relator do julgado acima referido que justificou a edição pelo STJ da Súmula 593 salientou em seu voto:

> [...] Registre-se que, ainda na vigência da alínea "a" do art. 224 do Código Penal (antes da entrada em vigor da Lei n. 12.015/09), a interpretação que vinha se firmando sobre tal dispositivo já era no sentido de que respondia por estupro ou por atentado violento ao pudor o agente que, mesmo sem violência real, e ainda que mediante anuência da vítima, mantinha relações sexuais (ou qualquer ato libidinoso) com menor de 14 anos. [...] Posto que semelhante posicionamento dos tribunais superiores, como dito, nem sempre se tenha mostrado unívoco e talvez até pudesse suscitar alguma dúvida a quem julgou a questão quando ainda vigente o texto do art. 224 do Código Penal – que cuidava da presunção de violência nos "crimes contra os costumes" – as alterações legislativas incorporadas pela Lei nº 12.015/09 ao TÍTULO VI – DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL, especialmente ao seu CAPÍTULO II – DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL, do Código Penal, não mais permitem qualquer dúvida razoável quanto à irrelevância, para fins de aperfeiçoamento do tipo penal inscrito no art. 217- A, caput, do Código Penal, de eventual consentimento da vítima ao ato libidinoso, sua anterior experiência sexual ou a existência de relacionamento amoroso entre ela e o agente [...] (ibidem, 2015).

E mais uma vez o legislador, pretendendo jogar uma pá de cal na discussão acerca de ser absoluta ou relativa a presunção de vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável, editou a Lei n.º 13.718/2018, que fez incluir no artigo 217-A do Código Penal o §5º.

Tal dispositivo legal praticamente reproduziu o teor da Súmula 593 do STJ asseverando que a vulnerabilidade do menor de 14 anos é absoluta, sendo irrelevantes o consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre as partes.

Apoiaram-se o legislador e os tribunais, ao interpretarem como sendo absoluto o conceito de vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos no crime do artigo 217-A do CP, na ideia de garantirem a proteção integral do público infantojuvenil.

Volvendo ao voto do Ministro Rogério Schietti no acórdão paradigma acima citado, vemos que os julgadores, ao entenderem como absoluta a vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável, citam a efetivação da garantia de proteção das crianças e adolescentes contra a violência sexual como a principal razão de ser dessa conclusão.

Estes trechos do voto mencionado deixam tal preocupação evidente:

> [...] Deveras, de um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e afetivo, do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com reflexos na dogmática penal. [...] Esse lento, porém constante, progresso rumo a uma proteção integral da criança e do adolescente não foi obra do acaso, e muito menos se incompatibiliza com a "evolução dos costumes". Ao contrário, é exatamente porque estamos caminhando para uma sociedade cada vez mais preocupada com a formação e o desenvolvimento psíquico e emocional saudável dos futuros adultos que o Direito, como braço jurídico do Estado, constrói todo esse complexo normativo. O marco político para essa tomada de posição – releva acentuar – veio com a adesão, pelo Brasil, a tratados e convenções internacionais, seguida da promulgação de nossa Carta Política de 1988. [...] É anacrônico, portanto, qualquer discurso que procure associar a modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos grupos de pessoas física, biológica, social ou psiquicamente fragilizadas [...] (ibidem, 2015).

Na parte final do seu voto, o Ministro relator salienta a antiga controvérsia jurídica sobre o tema e assenta seu posicionamento de que a vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos deve ser entendida como absoluta.

> [...] Como ressaltado linhas acima, a jurisprudência e a doutrina nunca se afinaram, univocamente, na construção de uma hermenêutica de afirmação do caráter absoluto da presunção de violência objeto da norma penal revogada (art. 224, "a", do CPB). [...] Fato é que a jurisprudência perfila o entendimento de que não se havia de permitir relativizações da presunção de violência ainda sob a antiga redação do artigo 224, "a", do Código Penal. Agora, mais ainda, sob a vigência do art. 217-A do CP – que abandona a fórmula de presunção de inocência e inclui no próprio tipo penal a ação de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso – não há espaço para instabilidade jurídica, máxime em situações como a que ora se enfrenta, de elevada reprovabilidade. (ibidem, 2015).

Com isso, editada pelo STJ em 2017 a Súmula 593 e incorporado o seu teor pelo legislador no Código Penal, ao incluir o §5º no artigo 217-A, mais uma vez as vozes contrárias ao caráter absoluto da vulnerabilidade do menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável foram silenciadas.

3.2 - DA DERROTABILIDADE DA TESE REPETITIVA FIRMADA PELA 3ª SEÇÃO DO STJ NO JULGAMENTO DO RESP 1480881/PI PELOS RECENTES JULGADOS DO STJ

E como tem se dado os julgamentos dos casos de estupro de vulnerável hoje, decorridos pouco mais de cinco anos da incorporação do teor da Súmula 593 do STJ no texto legal? Esse critério etário objetivo tem se mantido absoluto? Os julgadores estão, desde 2009, apoiados pelo STJ e pelo legislador, proibindo o menor de 14 anos de exercer a sua sexualidade por meio da punição de seus parceiros?

Como não poderia deixar de ser, a edição em 2018 da Lei n.º 11.829/2018 fez com que a discussão sobre o caráter absoluto ou relativo da vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos no Código Penal permanecesse em banho-maria.

No entanto, a vida real provou que as vozes contrárias à sistemática legal e jurisprudencial sobre o tema não ficariam caladas por muito tempo. A exemplo do que ocorria antes de 2009, quando se debateu acerca do caráter absoluto ou relativo da então presunção de violência para a configuração do crime de estupro ou de atentado violento ao pudor quando presentes as condições do então artigo 224 do CP, o debate acerca da natureza da vulnerabilidade da vítima – se absoluta ou relativa – persiste.

Os alertas de Nucci se mostraram corretos. Antes mesmo da edição da súmula pelo STJ e da introdução do novo parágrafo no tipo do artigo 217-A, Guilherme de Souza Nucci (2009) ressaltou que a norma penal era incompatível com a realidade e com a própria legislação que rege os direitos e garantias da criança e do adolescente:

> A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da in-

> tervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter de presunção de violência – se relativo ou absoluto – sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real. O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção penal ao menor de 14 anos continua rígida. (NUCCI, 2009, p. 37-38).

E, citando posicionamento de outra doutrinadora sobre o tema, o jurista asseverou:

> Não se pode olvidar, ademais, que a atual lei, tal como a anterior, mostra-se em total dissonância do que prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecendo equivocadamente a idade de 14 anos para a iniciação sexual. Discorrendo sobre o tema, Klelia Canabrava Aleixa acentua que, embora a Lei 12.015/2009 tenha substituído a questão da moralidade pela tutela da dignidade e da liberdade sexual, o legislador continuou adotando uma postura proibitiva e moralista sobre a sexualidade infanto-juvenil, partindo da consideração de que o exercício da sexualidade pelos menores de 14 anos é irregular, desviante e deve ser objeto de proibição [...] E conclui a autora: "pensar a Proteção Integral afirmada no Estatuto da Criança e do Adolescente implica no reconhecimento de que crianças e adolescentes estão em condição peculiar de desenvolvimento, o que não as reduz à condição de objeto de intervenção." Assinalar a questão da responsabilidade no seio do direito à sexualidade não significa adotar uma perspectiva repressiva, calcada em juízos de natureza moral ou na sua negação, *contrario sensu*, implica em disponibilizar o acompanhamento e a orientação. (NUCCI, 2010, p. 407).

Rodrigo Moraes Sá (2013), ao criticar a presunção absoluta de vulnerabilidade, ensina:

> Muito embora a lei presuma, *iuri et de iuri*, que pessoas menores de quatorze anos não têm discernimento para a prática de atos sexuais, plenamente possível o afastamento desta presunção mediante a produção de prova inequívoca de que a vítima possui experiência no campo sexual e apresenta comportamento incompatível com a regra de proteção jurídica préconstituída. Admitir o contrário seria contemplar a imputação por responsabilidade objetiva, contrariando o direito penal moderno que consagra a responsabilidade subjetiva, em que o dolo e a culpa devem ser provados. (SÁ, 2013, p.14-15).

Nucci, ao comentar as alterações legislativas hoje vigentes, que adotaram um critério puramente biológico, afirmou:

> Vale observar que não há qualquer parâmetro justificativo para a escolha em tal faixa etária, sendo tão somente uma idade escolhida pelo legislador para sinalizar o marco divisório dos menores que padecem de vício de vontade, a ponto de serem reconhecidos pelo status de vulneráveis, daqueles que possam vivenciar práticas sexuais sem impedimentos. Verifica-se, pois, que a definição de patamar etário para a caracterização da vulnerabilidade é baseada numa ficção jurídica, que nem sempre encontrará respaldo na realidade do caso concreto, notadamente quando se leva em consideração o acentuado desenvolvimento dos meios de comunicação e a propagação de informações, que acelera o desenvolvimento intelectual e a capacidade cognitiva das crianças e adolescentes. Cremos que o legislador, ao editar o dispositivo em análise, afastou-se novamente da realidade social, vez que ignorou não só a precocidade das crianças e adolescentes, como persistiu em utilizar um critério etário para definir aqueles que em hipótese alguma podem manter relações sexuais. Por tais razões é que defendemos a relativização de sua vulnerabilidade. (NUCCI, 2010, p. 413-414)

Vê-se, destarte, que o tempo provou o equívoco do legislador ao acreditar que estaria sepultando o assunto com a fixação do critério etário objetivo. Assim, como ocorreu na época em que vigia o conceito de presunção de violência, os casos da vida real, quando levados ao Judiciário para análise, sempre preponderam sobre os conceitos engessados da lei e sobre julgados que refletem a posição de uma época.

Ao contrário do salientado pelo Ministro Rogério Schietti no voto prolatado no julgamento do REsp citado, o Direito Penal deve, sim, observar o desenvolvimento da sociedade e dos costumes. Essa observância da evolução social, somada à necessidade de se promover uma política criminal de atenção ao saudável crescimento físico, mental e afetivo do público infantojuvenil, está, novamente, prevalecendo.

E, dessa vez, não só os doutrinadores vêm defendendo a relativização da vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos em algumas hipóteses de crimes de estupro de vulnerável. A eles está se somando a jurisprudência, e o próprio STJ está relativizando essa vulnerabilidade da vítima em casos que apontam se tratar de hipóteses de *distinguishing* do caso paradigma para a edição da Súmula n.º 593.

4 - DA LEITURA ATUAL DO TEMA PELO STJ

Os aplicadores do Direito têm, atualmente, feito vários questionamentos ao se depararem com situações da ocorrência de um crime de estupro de vulnerável envolvendo um jovem adulto e um adolescente menor de 14 anos. Esse menor de 14 anos que quis se relacionar sexualmente com alguém é sempre vulnerável tão somente em razão da sua idade? É o critério etário o mais adequado para se definir se a vítima é vulnerável ou não? Realmente se protege o adolescente da violência sexual ao se desconsiderar o seu consentimento para o sexo? Faz-se justiça ao punir qualquer um que se relacione sexualmente com um adolescente ou há parâmetros para se definir que tipo de autor deve ser punido? O crime de estupro de vulnerável pune somente o suposto agressor ou pode ir além, violando direitos da família ou da própria vítima? O que o tipo do artigo 217-A do CP pretende, criminalizar a vida sexual precoce ou proteger a criança e o adolescente da pedofilia e da exploração sexual?

Esses questionamentos estão sendo debatidos pelos julgadores – desde o juiz da primeira instância até os ministros do STJ – e as respostas que estão sendo dadas por eles nos recentes julgados estão alimentando a reabertura dos debates acerca do assunto.

É certo que muitos dos nossos juízes e tribunais ainda não se afastam do texto legal expresso do §5° do artigo 217-A do CP e do teor da Súmula n.° 593 do STJ. Outros tantos, entrementes, já estão questionando esse entendimento, no que são apoiados por número extenso de doutrinadores, o que faz o assunto ser reavivado.

No ano de 2022, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Agravo Regimental em um Recurso Especial oriundo do estado do Rio Grande do Norte, interposto pelo Ministério Público Federal, concluiu que estavam diante de questões fáticas peculiares que os impediam de julgar o caso concreto de acordo com o precedente fixado pelo próprio STJ sobre o assunto. Aplicaram, então, os ministros dessa 5ª Turma a "Teoria da Derrotabilidade do Enunciado Normativo" e fizeram uma distinção em relação à tese fixada em 2017, na Súmula 593, que prevê que o consentimento da vítima ou a existência de relacionamento amoroso com o acusado não afastam a tipificação do crime previsto no artigo 217-A do CP.

O *distinguishing*, ou distinção, é a técnica construída a partir da "Teoria da Derrotabilidade do Enunciado Normativo" e é usada nos chamados *hard cases*.

Quando o julgador está diante de pressupostos de fato e de direito diferentes daqueles que levaram à formação de um precedente em relação a determinado caso concreto que esteja em julgamento, ele pode superar o precedente vinculante e decidir a causa como entender de direito, deixando até mesmo de aplicar um tipo penal a um caso concreto.

Transcreve-se a ementa do julgado referido:

> PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RESP REPETITIVO 1.480.881/PI E SÚMULA 593/STJ. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. NECESSIDADE DE DISTINÇÃO. 2. ART. 217-A DO CP. SIMPLES PRESUNÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE CONSENTIR. CRITÉRIO MERAMENTE ETÁRIO. RESPONSABILIDADE PENAL SUBJETIVA. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO. 3. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. INEXISTÊNCIA DE RELEVÂNCIA SOCIAL. FORMAÇÃO DE NÚCLEO FAMILIAR. HIPÓTESE DE DISTINGUISING. 4. CONDENAÇÃO QUE REVELA SUBVERSÃO DO DIREITO PENAL. COLISÃO DIRETA COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA DO JUSTO. 5. DERROTABILIDADE DA NORMA. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL E PONTUAL. PRECEDENTES DO STF. 6. AUSÊNCIA DE ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE. INCIDÊNCIA DA NORMA QUE SE REVELA MAIS GRAVOSA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE AUSENTES. 7. PRETENSÃO ACUSATÓRIA CONTRÁRIA AOS ANSEIOS DA VÍTIMA. VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA. DESESTRUTURAÇÃO DE ENTIDADE FAMILIAR. OFENSA MAIOR À DIGNIDADE DA VÍTIMA. 8. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO. INTERVENÇÃO NA NOVA UNIDADE FAMILIAR. SITUAÇÃO MUITO MAIS PREJUDICIAL QUE A CONDUTA EM SI. 9. EXISTÊNCIA DE UNIÃO. ABSOLUTA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA. ABSOLVIÇÃO PENAL QUE SE IMPÕE. ATIPICIDADE MATERIAL RECONHECIDA. 10. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A hipótese trazida nos presentes autos apresenta particularidades que impedem a simples subsunção da conduta narrada ao tipo penal incriminador, motivo pelo qual não incide igualmente a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881/PI e no enunciado sumular n. 593/STJ. 2. Atualmente, o estupro de vulnerável não traz em sua descrição qualquer tipo de ameaça ou violência, ainda que presumida, mas apenas a presunção de que o menor de 14 anos não tem capacidade para

consentir com o ato sexual. Assim, para tipificar o delito em tela, basta ser menor de 14 anos. Diante do referido contexto legal, se faz imperativo, sob pena de violação da responsabilidade penal subjetiva, analisar detidamente as particularidades do caso concreto, pela perspectiva não apenas do autor, mas também da vítima. 3. Um exame acurado das nuances do caso concreto revela que a conduta imputada, embora formalmente típica, não constitui infração penal, haja vista a ausência de relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado. De fato, trata-se de dois jovens namorados e a constituição de núcleo familiar. Verifica-se, portanto, particularidades que impedem o julgamento uniforme no caso concreto, sendo necessário proceder ao *distinguishing* ou distinção. 4. A condenação de um jovem que, na época dos fatos, tinha 19 anos, hoje com 25 anos, que não oferece nenhum risco à sociedade, ao cumprimento de uma pena de 8 anos de reclusão, revela uma completa subversão do direito penal, em afronta aos princípios fundamentais mais basilares, em rota de colisão direta com o princípio da dignidade humana. Dessa forma, estando a aplicação literal da lei na contramão da justiça, imperativa a prevalência do que é justo, utilizando-se as outras técnicas e formas legítimas de interpretação (hermenêutica constitucional).

5. O Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, já deixou de aplicar um tipo penal ao caso concreto, nos denominados hard cases, se valendo da teoria da derrotabilidade do enunciado normativo, a qual trata da possibilidade de se afastar a aplicação de uma norma, de forma excepcional e pontual, em hipóteses de relevância do caso concreto (HC 124.306/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 9/8/2016, DJe 16/3/2017). 6. Ademais, a incidência da norma penal, na presente hipótese, não se revela adequada nem necessária, além de não ser justa, porquanto sua incidência trará violação muito mais gravosa de direitos que a conduta que se busca apenar. Dessa forma, a aplicação da norma penal na situação dos autos não ultrapassa nenhum dos crivos dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 7. Se por um lado a CF consagra a proteção da criança e do adolescente quanto à sua dignidade e respeito (art. 227), não fez diferente quando também estabeleceu que a família é a base da sociedade, e que deve ter a proteção do Estado, reconhecendo a união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º). Antes, ainda proclamou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (1º, III) e o caminho da sociedade livre, justa e fraterna como objetivo central da República (preâmbulo e art. 3º, III). Assim, proclamar uma censura penal no cenário fático esquadrejado nestes autos é intervir, inadvertidamente, na nova unidade familiar de forma muito mais prejudicial do que se pensa sobre a relevância do relacionamento e da relação sexual prematura entre vítima e recorrente. 8. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 2029009/RN). (BRASIL, 2022).

Pela simples leitura da ementa do acórdão, vê-se que, na verdade, o que os ministros julgadores apontaram como "particularidades do caso concreto" que justificavam a aplicação do *distinguishing* e impediam o julgamento do processo na forma dos precedentes jurisprudenciais sobre o assunto eram simplesmente circunstâncias já previstas pelo legislador. Essas particularidades que justificaram o julgamento contrário à previsão legal e ao ditame da Súmula STJ nº 593 foram apontadas como o consentimento dado pela vítima para a relação sexual com o réu, seu então namorado, e o fato de o casal ter um filho em comum, que não podia ser prejudicado por eventual desagregação do núcleo familiar e eventual prisão do pai. Essas circunstâncias foram consideradas para se distinguir o caso concreto e autorizar o afastamento da aplicação da súmula e da lei de forma a impedir a configuração do delito.

Isso significa que a jurisprudência flexibilizou o caráter dito absoluto da presunção de vulnerabilidade do menor de 14 anos que pratica atos sexuais nas hipóteses em que há consentimento e relacionamento entre as partes? Estão os julgadores acatando os inúmeros e antigos alertas dos doutrinadores de que é preciso adequar a legislação e a jurisprudência ideal à realidade do século XXI?

No mesmo sentido do julgado citado, em maio de 2023 o Superior Tribunal de Justiça novamente apreciou a questão e se manifestou em sentido contrário ao precedente da Corte ao julgar o REsp 1.977.165/MS. Dessa vez, a 6ª Turma do STJ, fazendo análises similares àquelas feitas pela 5ª Turma no ano anterior, decidiu:

> RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DENÚNCIA REJEITADA PELO JUÍZO DE ORIGEM. RECEBIMENTO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VÍTIMA COM 12 ANOS E RÉU COM 19 ANOS AO TEMPO DO FATO. NASCIMENTO DE FILHO DA RELAÇÃO AMOROSA. AQUIESCÊNCIA DOS PAIS DA MENOR. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DA ADOLESCENTE. DISTINGUISHING. PUNIBILIDADE CONCRETA. PERSPECTIVA MATERIAL. CONTEÚDO RELATIVO E DIMENSIONAL. GRAU DE AFETAÇÃO DO BEM JURÍDICO. AUSÊNCIA DE RELEVÂNCIA SOCIAL DO FATO.
>
> 1. A Terceira Seção, no julgamento do REsp 1.480.881/PI, submetido ao rito dos recursos repetitivos, reafirmou a orientação jurisprudencial, então dominante, de que é absoluta a presunção de violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos.

> 2. A presente questão enseja distinguishing quanto ao acórdão paradigma da nova orientação jurisprudencial, pois, diante dos seus componentes circunstanciais, verifica-se que o réu possuía, ao tempo do fato, 19 anos de idade, ao passo que a vítima, adolescente, contava com 12 anos de idade, sendo que, do relacionamento amoroso resultou no nascimento de um filho, devidamente reconhecido, fato social relevante que deve ser considerado no cenário da acusação. 3. Para que o fato seja considerado criminalmente relevante, não basta a mera subsunção formal a um tipo penal. Deve ser avaliado o desvalor representado pela conduta humana, bem como a extensão da lesão causada ao bem jurídico tutelado, com o intuito de aferir se há necessidade e merecimento da sanção, à luz dos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade" (RHC 126.272/MG, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 1/6/2021, DJe 15/6/2021). 4. Considerando as particularidades do presente feito, em especial, a vontade da vítima de conviver com o recorrente 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. 5. "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 a entidade familiar constitucionalmente protegida" (REsp n. 1.524/RN e AREsp 1.555.030/GO, Relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 18/5/2021, DJe 21/5/2021). 6. Recurso especial provido. Restabelecimento da decisão que rejeitou a denúncia. (REsp 1977165/MS). (BRASIL, 2023).

Ao reafirmar a tese contrária àquela até então vigente, está o STJ reconstruindo os conceitos que circundam o crime de estupro de vulnerável? Quais aspectos da problemática envolvendo o sexo por adolescentes estão sendo hoje questionados? Está o STJ afastando o caráter absoluto da vulnerabilidade do menor de 14 anos? O critério etário é o mais adequado para se definir essa vulnerabilidade? Em o sendo, deve ser mantido esse marco de 14 anos a despeito do conceito de adolescente trazido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente?

4.1 - A VULNERABILIDADE DA VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS: PRESUNÇÃO ABSOLUTA OU RELATIVA?

O legislador de 2009 optou acertadamente por afastar a expressão presunção de violência e criar um tipo penal autônomo para a proteção do público infantojuvenil contra a exploração sexual. Assim, com o advento da Lei 12.015/09 afastou-se a tipificação do crime de estupro contra crianças e adolescentes por extensão dos artigos 213 e 214 combinados com o artigo 224 do Código Penal e se criou um tipo penal autônomo – artigo 217-A –, que trouxe o termo "vulnerável" no lugar da expressão "presunção de violência".

À luz do *caput* do artigo 217-A do Código Penal, vulneráveis são as pessoas menores de 14 anos. Tal vulnerabilidade prevista pela lei é absoluta? Se configura somente com a comprovação da pouca idade da vítima? Guilherme de Souza Nucci pensa que não:

> Nesse sentido, a antiga discussão acerca da presunção de violência, se absoluta ou relativa, travada especialmente no campo da idade, não foi de todo afastada. A interpretação literal do recém editado artigo 217-A tem levado a conclusões precipitadas no sentido de que a antiga discussão sobre a natureza da presunção, se absoluta ou relativa, desapareceu, dando lugar à *presunção iuris et de iure* de vulnerabilidade das pessoas ali elencadas. A fim de desfazer tal equívoco, e, em respeito aos princípios constitucionais da intervenção mínima do direito penal, da ofensividade, do contraditório e da presunção de inocência, é que a vulnerabilidade, merecedora de tutela penal, deve ser compreendida de forma restrita e casuisticamente, tendo como essência a fragilidade e a incapacidade física ou mental da vítima, na situação concreta, para consentir com a prática do ato sexual. (NUCCI, 2010, p. 408)

E o STJ, com suas novas decisões contrárias à literal interpretação do texto legal e da tese anterior que orientou a Súmula 593, está, paulatinamente, se alinhando a esse entendimento de que se deve relativizar, em certas situações, a presunção de vulnerabilidade da vítima quando inexistir lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora e, por consequência, desnecessidade de intervenção do Direito Penal.

A adoção do critério etário pelo legislador para definir a vulnerabilidade da vítima, aliada à manutenção da idade de 14 anos como marco divisório dos menores que são vulneráveis pela pouca idade, tem sido objeto de incansáveis debates.

Nucci, ao discorrer sobre o tema, asseverou:

> Vale observar que não há qualquer parâmetro justificativo para a escolha em tal faixa etária, sendo tão somente uma idade escolhida pelo legislador

> para sinalizar o marco divisório dos menores que padecem de vício de vontade, a ponto de serem reconhecidos pelo status de vulneráveis, daqueles que possam vivenciar práticas sexuais sem impedimentos. Verifica-se, pois, que a definição de patamar etário para a caracterização da vulnerabilidade é baseado numa ficção jurídica, que nem sempre encontrará respaldo na realidade do caso concreto, notadamente quando se leva em consideração o acentuado desenvolvimento dos meios de comunicação e a propagação de informações, que acelera o desenvolvimento intelectual e capacidade cognitiva das crianças e adolescentes. Cremos que o legislador, ao editar o dispositivo em análise, afastou-se novamente da realidade social, vez que ignorou não só a precocidade das crianças e adolescentes, como persistiu em utilizar um critério etário para definir aqueles que em hipótese alguma podem manter relações sexuais. Por tais razões é que defendemos a relativização de sua vulnerabilidade. Não se pode olvidar, ademais, que a atual Lei, tal como a anterior, mostra-se em total dissonância do que prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecendo equivocadamente a idade de 14 anos para a iniciação sexual. (ibidem, 2010, p. 408).

Fundamentos idênticos foram usados pelo juiz de piso, que rejeitou uma denúncia de estupro de vulneráveis majorado imputado a um rapaz de 19 anos que manteve relações sexuais consentidas com a namorada de 12 anos e absolveu sumariamente o denunciado, caso que foi objeto de apreciação pelo STJ, o qual confirmou tal decisão ao julgar o REsp 1.977.165/MS.

Vê-se, assim, que nos últimos anos vem ganhando força a tese de que a vulnerabilidade da vítima de estupro de vulnerável deve ser aferida casuisticamente.

As últimas decisões das cortes superiores estão afastando a mera interpretação literal da norma incriminadora e considerando as condutas como típicas somente quando elas efetivamente ofendem o bem jurídico tutelado.

Se, pelas circunstâncias do caso concreto, fica demonstrado que uma pessoa menor de 14 anos de idade manteve relacionamento sexual com um imputável, mas que, para tanto, agiu com capacidade e maturidade suficiente para decidir acerca da sua sexualidade, conclui-se pela ausência de tipicidade material.

A interpretação sistemática da norma penal, dessa forma, permite a aferição, caso a caso, dessa vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos envolvida em práticas sexuais.

Cita-se abaixo trecho do debate travado no julgamento pelo STJ do REsp 1.977.165/MS:

> Ressalte-se que embora o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça tenham, de certo modo, pacificado o entendimento em que se afasta a possibilidade de relativização da vulnerabilidade etária, filio-me ao entendimento, ainda que minoritário, daqueles que entendem possível a flexibilização da vulnerabilidade da vítima em razão da idade nos crimes sexuais, de acordo com as elementares e circunstâncias do caso concreto. Sobre vulnerabilidade absoluta e vulnerabilidade relativa, Bitencourt esclarece: [...]. "Deste modo, para se aferir a *innocentia consilii,* é razoável valorar as peculiaridades do caso, entre as quais se destacam especialmente, se a vítima é adolescente (mais de 12 anos), eventuais experiências anteriores, o consentimento, o desenvolvimento de relação afetiva de caráter duradouro, a diferença de idade entre o autor e a vítima e a eventual maturidade e capacidade de oferecer resistência da vítima." Assim, há de se diferenciar o grau de vulnerabilidade de cada infante, reconhecendo-se que uma pessoa entre 12 (doze) e 14 (catorze) anos pode eventualmente apresentar discernimento, de forma a desativar o comando previsto no artigo 217-A do Código Penal. (Resp 1977165/MS). (BRASIL, 2023).

Percebe-se, destarte, que os novos julgados sobre o tema têm concluído que não se pode aceitar a mera subsunção formal da conduta ao tipo, dizendo-se que um imputável pratica o crime de estupro de vulnerável quando pratica ato libidinoso ou conjunção carnal com pessoa menor de 14 anos. É preciso alargar essa análise. Uma conduta que seja, de início, formalmente típica poderá ser materialmente atípica caso não ofenda o bem jurídico tutelado pelo tipo penal (princípio da ofensividade) ou quando não possui relevância social (princípio da adequação social).

4.2 - A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE SEXUAL DO ADOLESCENTE FRENTE À PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES CONTRA A VIOLÊNCIA SEXUAL

Como desdobramento dessa tese da vulnerabilidade relativa da vítima menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável, surgem alguns outros debates: está o *caput* do artigo 217-A do Código Penal em consonância com os princípios constitucionais e com o Estatuto da Criança e do Adolescente? A proteção integral da criança e do adolescente engloba a tutela da liberdade sexual desse público? Ao negar validade ao consenti-

mento do adolescente para o sexo, não estamos promovendo uma revitimização secundária?

A Lei n.º 8.069/90, criada sob o manto da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, faz uma distinção entre criança –- pessoa com até 12 anos de idade incompletos – e adolescente – pessoa com idade entre 12 e 18 anos de idade incompletos. Essa mesma lei reconhece que o adolescente (entre 12 e 18 anos) já possui maturidade suficiente para entender o caráter ilícito dos seus atos e, por isso, pode receber uma medida socioeducativa como responsabilização por eventual ato infracional praticado.

Então pensemos um exemplo hipotético no qual um adolescente de 15 anos namore uma menina de 13 e, no âmbito desse relacionamento amoroso, pratiquem atos libidinosos. Em tese, o menino de 15 anos praticou um ato infracional análogo ao crime do artigo 217-A do Código Penal e deve ser responsabilizado com uma medida socioeducativa adequada. Essa solução, apesar de ser tecnicamente correta, é justa? Será que a menina de 13 anos é mais vulnerável do que o menino de 15? Não possui essa adolescente de 13 anos o direito de iniciar sua vida sexual com o namorado praticando atos libidinosos típicos da iniciação sexual dos jovens quando ela quiser fazê-lo?

E mesmo quando se alteram os elementos desse primeiro exemplo, e se eleva a idade do rapaz para 18 anos, pensa-se que as respostas às perguntas acima sejam as mesmas, com a agravante, por óbvio, de que o jovem de 18 anos receberá uma pena privativa de liberdade pela mesma conduta, em vez de medida socioeducativa aplicada ao adolescente em conflito com a lei.

O bem jurídico tutelado pelo tipo penal do artigo 217-A do Código Penal é a dignidade sexual do vulnerável. Mas, nas hipóteses aventadas acima, não se está violando a dignidade sexual da adolescente de 13 anos que manifesta sua vontade livre de praticar atos libidinosos com o namorado?

E o Código Penal, ao dizer no seu §5º do artigo 217-A que as penas previstas no dispositivo se aplicam independentemente do consentimento da vítima, não está violando o princípio constitucional da dignidade humana ao proibir o público adolescente de exercer livremente a sua sexualidade? Essa desconsideração da vontade do adolescente não acaba por revitimizá-lo?

Nos julgados recentes sobre o crime de estupro de vulnerável, muito tem se debatido sobre a questão; e um dos argumentos para se afastar a aplicação da norma e julgado paradigmas tem sido a necessidade de se evitar a revitimização do ofendido.

> A proteção integral da criança e do adolescente, defendida pela Organização das Nações Unidas (ONU) com base na Declaração Universal dos Direitos da Criança e erigida pela Constituição da República como instrumento de afirmação da dignidade da pessoa humana (art. 227), exerce crucial influência sobre o intérprete da norma jurídica infraconstitucional, porquanto o impele a compreendê-la e a aplicá-la em conformidade com a prevalência dos interesses do menor em determinada situação concreta. (REsp 1911030/PR) (BRASIL, 2020).

A vitimização secundária consiste no sofrimento imposto à vítima de um crime pelo aparato estatal sancionador quando ele deixa de considerar sua vontade, desrespeitando a sua dignidade enquanto pessoa humana. Dessa forma, o fato de a lei ignorar a vontade livremente manifestada pelo adolescente e não preservar a sua liberdade de escolha e o livre exercício da sua sexualidade significa, em última análise, sua revitimização.

O artigo 227 positiva o princípio da máxima proteção das crianças e adolescentes e é um viés principiológico decorrente de outro de maior amplitude, que é o princípio da dignidade humana do artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

Tais dispositivos constitucionais precisam ser o norte da interpretação das demais leis ordinárias. Assim, tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente quanto o Código Penal precisam necessariamente de interpretação à luz dos princípios e diretivas constitucionais; isto é, não deve haver uma condenação contrária ao interesse da vítima quando não há efetiva vulneração do bem jurídico tutelado.

Posto isso, não se deve permitir a aplicação da norma incriminadora do artigo 217-A do Código Penal sem se fazer uma análise do caso concreto e apurar se existe tipicidade material.

> Na teoria tripartite, a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade são elementos constitutivos do crime. Dessa forma, a conduta, além de formalmente típica, por se adequar abstratamente à norma penal, precisaria ser materialmente típica, que "deverá levar em consideração a importância do bem jurídico possivelmente atingido no caso concreto." (HC 92531/RS, p. 526-529). (BRASIL, 2008).

A adequação típica material da conduta com consequente possibilidade de condenação, dessa forma, somente deverá se dar nas hipóteses em que há efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, mas nunca quando representar, na verdade, um desrespeito à dignidade sexual do adolescente.

As crianças e adolescentes do século XXI, que têm acesso a uma gama enorme de informações pela internet, que interagem em redes sociais, que estão conhecendo e utilizando a inteligência artificial e que, diante disso, têm o desenvolvimento intelectual e cognitivo superior a esse público de outrora, devem ser tratadas e protegidas da mesma forma que as crianças e adolescentes de mais de oitenta anos atrás?

Esse parâmetro de 14 anos, utilizado até hoje pela legislação atual, foi aquele definido pelo Código Penal de 1940. Antes disso, o Código Penal republicano de 1890 trazia a definição de impossibilidade de consentimento para o sexo para a pessoa com idade inferior a 16 anos. Vê-se, assim, que, decorridos 50 anos entre os dois estatutos penais citados, a idade para a iniciação sexual foi reduzida em dois anos. Então, decorridos mais 80 anos da fixação do marco etário de 14 anos, não estaria na hora de se adequar a lei à realidade social?

João Daniel Rassi, citado por Rodrigo Moraes Sá em seu artigo, sem se afastar completamente do critério etário e da vulnerabilidade da criança e do adolescente menor de 14 anos, admite uma solução alternativa para melhor interpretar a norma, relativizando essa vulnerabilidade tão somente para o adolescente entre 14 e 12 anos e mantendo-a absoluta para a criança.

> Não se trata, contudo, de um elemento de natureza absoluta. Como elemento do tipo, ele é normativo e, no caso específico, poderá ser interpretado de acordo com o que foi estabelecido como critério legal de menoridade no Estatuto da Criança e do Adolescente – ou seja, é considerado menor, ou criança, aquele que não atingiu 12 anos. Assim, no caso de menores de 12 anos, há integração das normas penais e estatutárias quanto à incapacidade da criança, e por isso, a idade aqui terá um papel definitivo na formação do tipo. Por outro lado, como já apontamos brevemente acima, a elementar da idade da vítima não é absoluta quando se estiver diante de um menor entre 12 e 14 anos, caso em que sua vulnerabilidade será constatada no caso concreto, tendo em vista a sua relativa capacidade. Assim, verificar-se-á se houve ou não abuso na relação sexual entre o maior e o menor, que causou dano para esse último, reforçando a afirmação de Roxin já acolhida de que a capacidade de compreensão é matéria de fato. Esta interpretação, que se concebe a idade como uma elementar de natureza normativa, permite suavizar o rigor da lei como nos caos, não tão raros assim, da relação sexual do maior de 18 anos com sua namorada de 13, preocupação que já era propugnada pela doutrina quanto à natureza do revogado art. 224 do CP (se absoluta), e que, com a nova lei, parece permanecer. No entanto, em se tratando de menor de 12 anos, fica mantida a presunção de vulnerabilidade, *jure et de jure*, havendo a tipicidade. Assim, é possível encontrar uma aplicação razoável da capacidade de compreensão da vítima, a informar a situação de vulnerabilidade ou não desta, no caso concreto. (RASSI *apud* SÁ, 2011, p. 14).

O Ministro Celso Limongi, em voto proferido em julgamento de um crime de estupro de vulnerável, asseverou:

> Em primeiro lugar, faz-se necessário relembrar que o Direito não deve ser estático, mas, por força das vertiginosas transformações sociais, nem sempre consegue acompanhá-las. Por isso, o Direito erige-se tantas vezes em óbice ao desenvolvimento da sociedade. […] Parece claro que, quando se interpreta um Código Penal nascido em 1940, portanto, com 69 anos de idade, é preciso adequá-lo à realidade de hoje, levando em conta os valores da atualidade, para que as decisões sejam mais justas. O outro aspecto que merece destaque se prende a que, para a boa interpretação da lei, é necessário levar-se em consideração todo o arcabouço normativo, todo o ordenamento jurídico do País. A interpretação da lei não prescinde do conhecimento de todos os ramos do Direito. Uma visão abrangente desse arcabouço facilita – e muito – o entendimento e a interpretação da lei. Assim, em tal linha de raciocínio, o Estatuto da Criança e do Adolescente precisa ser analisado, para enfrentar a questão posta nestes autos, a de se saber se o estupro e o atentado violento ao pudor por violência presumida se qualificam como crimes e, mais, como crimes hediondos. É necessário levar em conta o Estatuto da Criança e do Adolescente, porque, pelo artigo 2º desse Estatuto, o menor é considerado adolescente dos 12 aos 18 anos de idade, podendo até sofrer medidas socioeducativas. […] Imagine-se a hipótese de um jovem de 18 anos de idade que beije lascivamente sua namorada de 13 anos ou que com ela pratique alguns atos libidinosos não dos mais íntimos. Pela presunção de violência que o Código Penal de 1940 estabelece, pois a menor de 14 anos não dispõe de vontade válida, será esse jovem condenado a no mínimo 6 anos de reclusão! E o Código, ao presumir a violência por não dispor a vítima de vontade válida, está equiparando essa adolescente a uma pessoa portadora de alienação mental, o que, convenhamos, não é razoável. Isto, em pleno século XXI! A Constituição Federal im-

> portou do direito anglo- americano o princípio do devido processo legal na sua face substantiva, de modo que ela autoriza a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a permitir que o juiz hoje se inquiete com a injustiça da lei, a proporcionalidade dos encargos, a razoabilidade da lei, quando antes não era senão a voz da lei, o cego cumpridor da lei, o escravo da lei, um ser como que inanimado, como preconizava Montesquieu, preocupado, naquele contexto histórico em que viveu, com poder o magistrado interpretar a lei. [...] E, efetivamente, não se pode admitir no ordenamento jurídico uma contradição tão manifesta, a de punir o adolescente de 12 anos de idade, por ato infracional, e aí válida sua vontade, e considerá-lo incapaz, tal como um alienado mental, quando pratique ato libidinoso ou conjunção carnal. Isto, quando já se sabe que o adolescente de hoje recebe muito mais informações sobre sexo do que o adolescente da década de 1940. A interpretação da lei exige, de tal arte, coerência, harmonização das disposições legais, evitando interpretações que se contraponham. [...] Aliás, fico com a sensação de que a menina de 14 anos de idade, à época do nascimento do Código Penal não era mais instruída sobre temas sexuais, do que a menina de 12 anos de hoje. (HC 88664/GO). (BRASIL, 2009).

Percebe-se, assim, que a jurisprudência está tentando, sob diversas fundamentações jurídicas, simplesmente adequar o tipo penal do artigo 217-A do Código Penal à realidade social atual, sendo que o mecanismo que encontrou para tanto é a relativização do conceito de vulnerabilidade nos casos em que ela se faz necessária para se fazer justiça.

5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvidas de que crianças e adolescentes dos anos 2020 estão inseridas em uma realidade social completamente diferente daquela dos anos 1940.

Também é inconteste que o escopo dos crimes inseridos no capítulo II do Código Penal é proteger os vulneráveis contra a exploração e violência sexuais.

Sabe-se que o Brasil é um país de dimensões continentais e que em vários rincões meninas e meninos são cotidianamente explorados sexualmente. Sabe-se que o Brasil é destino de turismo sexual e que crianças e adolescentes brasileiros são incluídos nesse roteiro turístico nefasto. Tem-se também ciência de que crianças e adolescentes são vítimas corriqueiras de abusos sexuais praticados dentro do seu próprio contexto familiar. Sabe-se ainda que há um índice grande de gravidez de crianças e adolescentes e que essa situação impede o pleno e saudável desenvolvimento desse público. No entanto, não se pode pretender traçar uma mesma regra, imutável e inflexível, para todas as diversas situações que podem ocorrer.

Via de regra, um adolescente que exerce a sua vontade de se iniciar nas descobertas sexuais não está tendo sua dignidade sexual violada. Ao contrário. Ele está é fazendo uso da sua liberdade e direito de escolha.

Pode-se dizer que estamos vivendo uma era de precocidade sexual. Pode-se também defender que esse comportamento não é saudável, já que a iniciação sexual precoce expõe pessoas ainda imaturas a riscos e situações que elas não possuem preparo para enfrentar. É o caso de uma gravidez na adolescência, por exemplo, que certamente irá trazer incontáveis prejuízos para a jovem mãe.

No entanto, em que pese a inconveniência da precocidade sexual da nossa juventude, acredita-se não ser adequado combatê-la por meio de medidas de criminalização. Não pode o legislador ingenuamente acreditar que, ao criminalizar uma conduta já integrante da realidade social, irá conseguir coibi-la, pois o Direito que deve acompanhar a evolução da sociedade, não ela que vai ser construída com base nas regras legais vigentes.

E quando se define um critério etário para a iniciação sexual e se diz que a vulnerabilidade do público abaixo da idade fixada é absoluta, o que está se fazendo é usar a legislação para tentar forçar um padrão social de comportamento.

Adolescentes que vivem nos dias de hoje, ao contrário daqueles do século passado, geralmente possuem amplo acesso ao que ocorre na sociedade de hoje. Mesmo nas pequenas cidades do interior do Brasil, a internet e os demais meios de comunicação de massa mostram aos jovens ávidos por conhecimento e pela informação o que ocorre com os seus pares do restante do Brasil e do mundo.

Assim, pensa-se que não se pode pretender preservar o público infantojuvenil de uma inicia-

ção sexual precoce criminalizando essa conduta quando voluntária. O que se deve punir é a violência sexual, o abuso sexual, a pedofilia. A precocidade sexual, lado outro, deve ser combatida por meios diversos do Direito Penal, sendo talvez a mais adequada o incremento da educação e assistência a essas crianças e adolescentes.

Uma coisa é punir um homem de 30 anos que se aproveita da condição de total vulnerabilidade de uma menina de 13 anos que se prostitui à beira da rodovia e com ela mantém relação sexual. É condenar um adulto pedófilo que, usando de sua experiência de vida, alicia uma menina de 12 anos para dela se aproveitar sexualmente.

Outra completamente diferente é punir um rapaz de 19 anos que engravida a namorada de 12 no contexto de um namoro consentido pelos pais da menina. É proibir uma menina de 13 anos de descobrir o sexo com o seu namorado de 18 anos de idade.

O objetivo da proteção do vulnerável deve ser proteger o público infantojuvenil da violência sexual. É o que diz a Constituição Federal no seu artigo 227. É o que preconiza o Estatuto da Criança e Adolescente de 1990. E é o que deve ser objeto de tutela também pelo Código Penal.

Assim, pensa-se que, até que venha uma necessária revisão da legislação penal quanto a essa definição de vulnerabilidade por um critério etário mais consentâneo com a realidade social, deve o aplicador do direito interpretar a vulnerabilidade desse público caso a caso.

Ninguém melhor do que o juiz de primeira instância, que tem contato com as partes, que analisa os fatos em data mais próxima da que efetivamente ocorreram para avaliar se a criança ou o adolescente envolvido foi realmente vítima de um crime sexual. Ele certamente saberá distinguir uma situação de abuso sexual que merece punição penal, daquela do exercício precoce da sexualidade, que demanda medidas de assistência estatal. E é essa a conclusão a que se chega.

A revisão da lei no tocante ao estupro de vulnerável é necessária. Pensa-se que se deve inicialmente modificar a idade de 14 anos prevista no *caput* do artigo 217- A do Código Penal para 12 anos de forma que se concilie a legislação penal ao estatuto protetivo da criança e do adolescente. Feito isso, acredita-se que à criança – pessoa de até 12 anos incompletos – deve ser proibida a prática sexual, sendo certo que a presunção de vulnerabilidade para esse público deve ser absoluta.

Lado outro, para o adolescente – pessoa entre 12 e 18 anos incompletos – a análise deve ser casuística. A presunção de vulnerabilidade deve ser relativa. Deve- se facultar ao aplicador do direito dizer se no caso concreto ocorreu uma violência sexual contra o adolescente ou um exercício precoce da sexualidade. Tal solução, ao nosso sentir, garantirá, ao mesmo tempo, a necessária proteção de crianças e adolescentes sem desconsiderar o imprescindível respeito à dignidade e liberdade do adolescente de exercer livremente sua sexualidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto n.° 22.213, de 14 de dezembro de 1932**. Aprova a Consolidação das Leis Penais, da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe. Revogado pelo Decreto n.° 11, de 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d22213.htm. Acesso em: 30 abr. 2024.

BRASIL. **Decreto n.° 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Revogado pelo Decreto n.° 11, de 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 30 abr. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei n.° 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848 compilado.htm. Acesso em: 30 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n.° 11.829, de 25 de novembro de 2018**. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet. Brasília: Câmara dos Deputados, 26 nov. 2018. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2008/lei-11829-25-novembro-2008-584363- norma-pl.html. Acesso em: 30 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n.° 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Altera a legislação penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009 /lei/l12015.htm. Acesso em: 30 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n.° 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer

causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Brasília, 25 set. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm. Acesso em: 30 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 14 jul. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm#:~:text=Aos%20pais%20incumbe%20o%20dever,fazer%20cumprir%20as%20determina%C3%A7%C3%B5es%20judiciais.&text=Par%C3%A1grafo%20%C3%BAnico.,-N%C3%A3o%20existindo%20outro. Acesso em: 30 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 2029009/RN**, 2022/0304368-5. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento: 6/12/2022. Órgão Julgador: Quinta Turma.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 88664/GO, 2009. 6ª Turma. Relator Ministro. Og Fernandes. Relator para o Acórdão Ministro Celso Limongi. **Diário do Judiciário eletrônico**, 8 set. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1480881/PI**, 2014/0207538-0. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Julgamento: 26/8/2015. Órgão Julgador: Terceira Seção.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1911030/PR**, 2020. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1272467812/inteiro-teor-1272467820#:~:text=Com%20o%20inequ%C3%ADvoco%20objetivo%20de,na%20companhia%20dos%20filhos%20 (art. Acesso em: 30 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1977165/MS**, 2021/0384671-5. Relator: Ministro Olinto Menezes. Relator para o Acórdão: Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgamento: 16/5/2023. Órgão Julgador: Sexta Turma.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 593, de 6 de novembro de 2017. **Diário da Justiça eletrônico**, 6 nov. 2017. Disponível em: chrome- extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_593_2017_terceira_secao.pdf. Acesso em: 30 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar no Habeas Corpus n.º 92531/RS, 2008. Relatora Ministra Ellen Gracie. Segunda Turma, julgado em 10/6/2008. **Diário do Judiciário eletrônico**, 27 jun. 2008.

DUPRET, Cristiane. **Manual de Direito Penal**. Niterói: Impetus, 2009.

FREITAS, Jayme Walmer. Estupro de vulnerável: o ideal, o real e o pragmatismo jurídico. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, ano 17, n. 43, p. 53-67, abril-junho/2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – parte especial**. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2009.

GUIMARÃES, Juliana Vianna. **Adequação social como limite** à **incriminação nos crimes sexuais**: da presunção de violência ao estupro de vulneráveis. Monografia (Pós-Graduação em Direito). Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual – comentários** à Lei n.º 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 124 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). **Revista dos Tribunais**, v. 902, p. 395, dez./2010.

ROCHA, Maiana dos Santos. **A vulnerabilidade nos crimes sexuais**: uma análise à luz do consentimento do ofendido. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade Baiana de Direito, Salvador, BA, 2015.

SÁ, Rodrigo Moraes. Estupro de vulnerável: uma análise doutrinária sob a ótima da vulnerabilidade do menor. **Revista Científica Semana Acadêmica**. Fortaleza, ano MMXII, nº. 000011, 10 jul. 2013. Disponível em: https://semanaacademica.org.br/artigo/estupro-de-vulneravel-uma-analise-doutrinaria-sob-otica-da-vulnerabilidade- do-menor. Acesso em: 19 abr. 2024.

JUSTIÇA RESTAURATIVA: A ATUAÇÃO PREVENTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DE BELO HORIZONTE/MG

LÍVIA QUINTÃO PIMENTA

JUSTIÇA RESTAURATIVA: A ATUAÇÃO PREVENTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DE BELO HORIZONTE/MG

LÍVIA QUINTÃO PIMENTA

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO 249

2 - ESCOPO TEÓRICO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA 250

3 - OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS E A APLICAÇÃO DE PRÁTICAS RESTAURATIVAS 252

4 - O MINISTÉRIO PÚBLICO EM SUA ATUAÇÃO RESOLUTIVA E NÃO APENAS DEMANDISTA 254

5 - O MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO E AS EXPERIÊNCIAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DE BELO HORIZONTE/MG 256

6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS 260

REFERÊNCIAS 261

1 - INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, testemunhamos uma revolução tecnológica que transformou radicalmente a sociedade. Essa revolução não apenas redefiniu a maneira como interagimos uns com os outros e com o mundo ao nosso redor, mas também deu origem a um novo paradigma social. Este é caracterizado por uma expansão sem precedentes e uma intensidade político-social que não pode ser subestimada. No entanto, como consequência dessas mudanças rápidas e abrangentes, surgiram novas formas de criminalidade, desafiando as estruturas existentes de lei e ordem.

A globalização, com sua capacidade de conectar pessoas e mercados de maneira nunca antes vista, tornou-se o pano de fundo para essa nova paisagem social. Com ela, vieram não apenas oportunidades para crescimento e inovação, mas também para a exploração e o crime. A criminalidade moderna muitas vezes transcende fronteiras nacionais, aproveitando-se das complexidades das redes globais para operar de maneiras que são difíceis de rastrear e ainda mais difíceis de combater.

O medo e a insegurança tornaram-se, infelizmente, sentimentos comuns em muitas comunidades, à medida que as pessoas se adaptam a esta nova realidade. A incerteza gerada por essas mudanças rápidas pode ser paralisante, mas também serve como um chamado para a ação. É imperativo que as sociedades desenvolvam novas estratégias e ferramentas para lidar com esses desafios emergentes. Isso inclui não apenas a aplicação da lei, mas também a educação, a política social e a cooperação em vários âmbitos. Rodrigo Ghiringhelli Azevedo, reflete sobre a busca de novas respostas para enfrentar a conflitualidade da sociedade contemporânea

> Com a explosão de litigiosidade, a judicialização dos novos direitos sociais, e o aumento da demanda de intervenção do judiciário em áreas antes obscurecidas por relações tradicionais de hierarquia e autoridade (...), o sistema de justiça mostra-se cada vez mais incapaz de dar conta de forma satisfatória desse conjunto de demandas, tanto pelo aumento da morosidade e dos custos quanto pela inadequação do tratamento dispensado a essa conflitualidade social emergente[1].

É essencial que o sistema penal se adapte e responda adequadamente aos desafios atuais. A Justiça Restaurativa surge como uma perspectiva inovadora e humanizadora no tratamento de conflitos penais, pois este modelo se distingue por enfatizar a reparação do dano e a reconciliação entre as partes envolvidas, em contraste com o enfoque tradicionalmente punitivo do sistema penal.

No contexto dos Juizados Especiais Criminais brasileiros, que lidam com infrações de menor potencial ofensivo, a Justiça Restaurativa pode oferecer uma alternativa mais ágil e consensual para a resolução de disputas. Ao promover o diálogo e o entendimento mútuo, práticas restaurativas buscam atender às necessidades das vítimas, responsabilizar os infratores de maneira construtiva e prevenir a reincidência.

A implementação dessas práticas no âmbito penal brasileiro poderia contribuir para uma visão mais ampla dos conflitos sociais, considerando não apenas a dimensão legal, mas também as realidades sociais, emocionais e psicológicas dos indivíduos envolvidos. Além disso, a participação ativa dos sujeitos na busca por soluções que transcendam a mera punição pode fortalecer a coesão social e promover uma cultura de paz e respeito mútuo.

A viabilidade dessa abordagem, contudo, depende de uma série de fatores, incluindo a adequação das leis existentes, a formação e sensibilização dos profissionais da área jurídica e a disponibilidade de recursos para a implementação de programas de Justiça Restaurativa. A análise desses aspectos é fundamental para entender o potencial e os desafios da aplicação da Justiça Restaurativa e para explorar as possibilidades de sua expansão no sistema penal brasileiro.

Neste ínterim, a atuação do Ministério Público no Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte, em Minas Gerais, é um componente vital na estrutura de justiça criminal do Brasil, especialmente na prevenção social da criminalidade, tendo em vista que ela é alcançada por meio da promoção de acordos que visam à reparação ou compensação dos danos e a responsabilização do infrator de maneira a evitar a reincidência.

1 AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **O Paradigma Emergente em seu Labirinto: Notas para o Aperfeiçoamento dos Juizados Especiais Criminais**. *In.*: WUNDERLICH, Alexandre e CARVALHO, Salo de (Org.) **Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2005. p. 111.

A presença do Ministério Público no Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte/MG reflete o compromisso do sistema jurídico brasileiro com a Justiça Restaurativa e a resolução de conflitos de maneira eficiente e humanizada.

O Ministério Público desempenha um papel fundamental na prevenção da criminalidade e na promoção de uma sociedade mais equitativa e justa. Com sua atuação proativa, o Ministério Público contribui significativamente para o bem-estar social e para a consolidação do Estado de Direito, refletindo seu compromisso com a cidadania e com a melhoria contínua das condições de vida da população.

2 - ESCOPO TEÓRICO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Justiça Restaurativa possui suas origens nas práticas comunitárias de sociedades pré estatais europeias e nas tradições dos povos indígenas e aborígenes, representando um paradigma de resolução de conflitos[2] que valoriza o diálogo e a reparação em detrimento da punição isolada. Essa abordagem reconhece que os delitos afetam não apenas as vítimas diretas, mas toda a comunidade, e busca restaurar o tecido social rompido pelo ato infracional. Leonardo Sica, em sua obra, observa que

> Quando falamos sobre a introdução da Justiça Restaurativa, não nos referimos simplesmente à escolha de novos métodos de resolução dos conflitos ou mecanismos de alívio do Judiciário, e tampouco ao debate de uma nova teoria penal. A abordagem remete à elaboração de um novo paradigma de justiça penal que influa (e altere) decisivamente na nossa maneira de pensar e agir em relação à questão criminal[3].

Ao contrário do sistema de justiça tradicional, que muitas vezes se concentra na aplicação da lei e na imposição de sanções, a Justiça Restaurativa foca na cura das relações e na prevenção de futuros conflitos, refletindo uma compreensão mais holística e humanizada da justiça. Com isso, os processos participativos que envolvem agressores, vítimas, familiares e lideranças comunitárias, auxiliam a Justiça Restaurativa em busca de soluções que promovam a reconciliação e a paz social, enfatizando a responsabilidade do agressor em reparar ou compensar o dano causado e a importância do perdão e da reintegração.

As práticas restaurativas e reintegradoras são fundamentais para compreender a evolução dos sistemas jurídicos e a maneira como as sociedades antigas lidavam com o crime e o castigo. Esses códigos antigos, como o Código de Hamurabi[4] (1700 a.C.) e o Código de *Lipit Ishtar*[5] (1875 a.C.), são testemunhos da busca por justiça e equilíbrio social, onde a restituição e a reparação eram vistas como formas de restaurar a harmonia na comunidade. Todavia, isto não significava que as formas punitivas das sociedades comunais tinham sido abandonadas. O que acontecia era uma tendência à aplicação de métodos capazes de reprimir uma desestabilização da coletividade[6].

Esses princípios antigos ainda ressoam na forma como pensamos sobre a lei e a ordem, e como podemos construir sistemas mais justos e humanos para lidar com o crime e o conflito. A ideia de que a justiça deve ser negociável e adaptável às circunstâncias individuais é um conceito que perdura até os dias atuais, influenciando modernas práticas de Justiça Restaurativa que enfatizam o diálogo, a reparação do dano e a reconciliação entre as partes envolvidas.

Além disso, a origem da Justiça Restaurativa remonta à década de 1970, inspirada em antigas tradições de diálogos pacificadores de culturas

2 ZEHR, Howard *apud* GOMES PINTO, Renato Sócrates. **Justiça Restaurativa** é **Possível no Brasil?** *In:* SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa.** Brasília- DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Para o Desenvolvimento – PNUD. 2005. p. 28. Disponível em: <https://www5.pucsp.br/ecopolitica/downloads/biblioteca_direito/JustCA_restaurativa_PNUD_2005.pd f> Acesso em: 14 abr. 2024.

3 SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal:** o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 455.

4 O Código de Hamurabi é considerado a primeira lei da humanidade. Ela é constituída por um conjunto de leis, talhadas em rocha sob aa forma de escrita cuneiforme, e teria surgido na Mesopotâmia. Acredita-se que foi escrito pelo rei Hamurábi, aproximadamente em 1700 a.C.

5 O Lipit-Ishtar(ou Lipit-Eshtar) foi um rei da primeira dinastia *deIsinque* deu nome a um código de leis precedendo, em cerca de 200 anos, o famoso Código de Hammurabi. Alguns documentos e inscrições reais deste tempo sobreviveram e foram utilizados por cerca de centenas de anos após sua morte.

6 JACCOULD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: Bastos, Márcio Thomaz; Lopes, Carlos e Renalut, Sérgio RabelloTamm (Org.). **Justiça Restaurativa:** coletânea de artigos. Brasília: MJ e PNUD, 2005, p. 163. Disponível em: <https://www5.pucsp.br/ecopolitica/downloads/biblioteca_direito/JustCA_restaurativa_PNUD_2005.pd f> Acesso em: 14 abr. 2024.

africanas, bem como práticas dos povos indígenas da Nova Zelândia[7] e do Canadá. Ao invés de se concentrar exclusivamente na culpa e na aplicação de sanções, ela se orienta para a compreensão das causas do comportamento delituoso e para a restauração das relações afetadas. Essa abordagem busca envolver todas as partes afetadas pelo crime - vítimas, infratores e a comunidade - em um processo de diálogo e entendimento mútuo. O objetivo é alcançar uma solução que atenda às necessidades de todos, promovendo a cura e a reintegração social.

Baseia-se em um procedimento de consenso que contrasta com o modelo punitivo-retributivo tradicional[8], focado na punição. A Justiça Restaurativa ganhou força como uma alternativa ao sistema judicial convencional, oferecendo um espaço para que as partes envolvidas em um conflito possam participar na construção de soluções e na restauração das relações afetadas pelo crime. No Brasil, as práticas restaurativas começaram a ser implementadas mais recentemente, com o Ministério Público, Tribunais e outras instituições adotando metodologias para a solução consensual dos conflitos.

As práticas restaurativas no Brasil representam um avanço significativo na maneira como o sistema de justiça lida com conflitos e infrações. O Ministério Público e outras instituições têm desempenhado um papel crucial na implementação dessas metodologias, que incluem círculos de diálogo, mediação e conciliação. Essas abordagens colaborativas visam não apenas resolver o conflito em si, mas também restaurar as relações sociais, promover a responsabilização e prevenir a reincidência.

A adoção de práticas de Justiça Restaurativa no Brasil representa um avanço significativo no cenário mundial que reconhece a importância do envolvimento comunitário e do apoio às vítimas e infratores na busca por soluções mais eficazes e compassivas para os problemas sociais. E como demonstra Rafael Pinho, o desenvolvimento da Justiça Restaurativa

> Por consequência natural, os conceitos da Justiça Restaurativa chegaram ao Brasil, principalmente a partir da observação e o estudo do direito comparado, trazendo a baila suas premissas, aplicações e experiências que lograram êxito. Por isso, é necessário registrar que o modelo restaurativo no Brasil não é cópia dos modelos estrangeiros, pois nosso modelo é restritivo, e carece de muitas transformações legislativas para a aplicação integral da Justiça Restaurativa. Ademais, como a Justiça Restaurativa é um processo de constante adaptação, é de bom alvitre sempre a adequação necessária à realidade brasileira[9]

A Justiça Restaurativa no Brasil representa um paradigma emergente que busca a resolução de conflitos de maneira mais humanizada, enfatizando a reparação ou compensação do dano e a participação ativa dos envolvidos no processo. Historicamente, a Justiça Restaurativa começou a ganhar espaço no Brasil a partir dos anos 2000[10], influenciada por práticas internacionais e pela necessidade de um sistema de justiça mais eficaz e menos excludente. A sua implementação no país tem sido gradual e enfrenta desafios tanto estruturais quanto culturais.

O escopo teórico da Justiça Restaurativa é amplo e interdisciplinar, envolvendo áreas como direito, psicologia, sociologia e educação. Este escopo é refletido nas diversas publicações e estudos que analisam a Justiça Restaurativa sob diferentes perspectivas, desde sua filosofia e princípios até sua aplicação prática e os resultados obtidos. A análise histórico-crítica da implementação da Justiça Restaurativa no Brasil revela um movimento que, embora ainda em construção, já apresenta resultados significativos e promissores para a transformação social e a promoção da paz.

---

7 *O* primeiro país a adotar práticas restaurativas em sua legislação foi a Nova Zelândia. Em 1989, foi aprovado o Estatuto das Crianças, Jovens e Suas Famílias —Children, Young Persons and Their Families Act. Este estatuto foi criado com base nas práticas ancestrais Maoris. (SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal:** o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 86).

8 RAMÍREZ, Sérgio Garcia, *apud* SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá. 2009. p. 145.

9 PINHO, Rafael Gonçalves de. **Justiça Restaurativa: um novo conceito.** Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, Volume III. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/download/22177/16025/71383>. Acesso em: 15 abr. 2024.

10 Assim aos poucos o movimento contemporâneo da Justiça Restaurativa, iniciado em 1974 no Canadá, chegou também ao nosso país, onde em 2005, aconteceu a sua introdução oficial, por meio do Projeto "Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro. (ARLÉ, Danielle de Guimaraes Germano. **A Justiça Restaurativa e o Ministério Público Brasileiro**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p.69).

3 - OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS E A APLICAÇÃO DE PRÁTICAS RESTAURATIVAS

Os Juizados Especiais Criminais no Brasil representam uma inovação significativa no tratamento de delitos de menor potencial ofensivo, buscando soluções mais ágeis e menos formais para a resolução de conflitos. A aplicação de práticas restaurativas, que visam à reparação ou compensação do dano e a reconciliação entre as partes envolvidas, é um aspecto fundamental dessa abordagem. Essas práticas se alinham com a tendência global de humanização da justiça, enfatizando a responsabilização do infrator de maneira construtiva e a participação ativa da vítima no processo de justiça.

Os Juizados Especiais, criados pela Lei nº 9.099 de 1995, representam um avanço significativo na agilização do processo judicial brasileiro. Eles foram estabelecidos para proporcionar uma justiça mais rápida e menos formal, especialmente em causas de menor complexidade. A Lei nº 9.099/95 representou uma significativa mudança promovendo a celeridade e a desburocratização do processo penal. Ensina Antônio García-Pablos de Molina

> O cenário jurídico-penal brasileiro, depois da Lei 9099/95, é inegavelmente outro. As mudanças introduzidas pela lei que acaba de ser mencionada são notáveis, Nas infrações de menor potencial ofensivo, a composição civil, (reparação de danos), chega ao extremo de, por si só, extinguir a punibilidade (a pretensão punitiva estatal), desde que se trate de ação penal pública condicionada a representação da vítima (art. 74, paragrafo único). O acordo homologado pelo juiz acarreta a renúncia do direito de queixa ou de representação. E a renúncia como se sabe é causa extintiva da punibilidade penal (CP, art. 107, V)[11].

A lei é norteada por princípios como a efetividade, oralidade, simplicidade[12] informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível a reparação ou compensação dos danos e a aplicação de penas não privativas de liberdade. As infrações abrangidas são aquelas com pena máxima não superior a dois anos, e a lei permite a transação penal, que é uma negociação entre o Ministério Público e o autor do fato, evitando assim o processo judicial.

A Lei dos Juizados Especiais, representou um marco importante no sistema jurídico ao introduzir uma fase preliminar no processo penal. Essa inovação trouxe um novo olhar sobre a aplicação de sanções, com um enfoque na justiça consensual e na reparação dos danos cíveis causados pelo crime. O objetivo principal dessa legislação é a promoção da pacificação social, incentivando a resolução de conflitos por meio do acordo entre as partes envolvidas. Leciona Joaquim Domingos de Almeida Neto

> É a Justiça do diálogo, onde as partes envolvidas, direta ou indiretamente no litígio são chamadas a conversar sobre as diversas formas de resolvê-lo. É a Justiça coexistencial que torna necessário que também a Justiça Penal possa trabalhar com a noção de 'conflito positivo'[13]

Ao possibilitar que as partes cheguem a um consenso, a lei busca não apenas punir, mas também restaurar o equilíbrio e harmonia sociais, enfatizando a importância do diálogo e do entendimento mútuo. Essa abordagem é particularmente relevante em uma sociedade que valoriza a resolução pacífica de disputas e a reintegração do indivíduo à comunidade. A Lei 9099/95 é um exemplo de como o direito pode evoluir para atender às necessidades de uma sociedade em constante mudança, oferecendo mecanismos mais flexíveis e humanizados para a administração da justiça.

A introdução do paradigma restaurativo no Brasil, embora não formalizada na legislação, representa um avanço significativo na abordagem de conflitos e crimes. A Lei nº 9.000/95, ao estabelecer os Juizados Especiais Criminais, trouxe consigo a possibilidade de conciliação e de transação penal, que são elementos centrais do paradigma restaurativo. A conciliação busca um acordo entre as partes envolvidas, enquanto a transação penal permite ao Ministério Público

11 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 596.

12 No Juizado especial Criminal, o procedimento deve ser objetivo, sem maiores formalidades. Objetiva-se a resolução do conflito sem idas e vindas. A linguagem empregada deve ser clara, acessível, que permita a todos a compreensão do procedimento. O princípio da simplicidade se aproxima do da informalidade. Em verdade, todos os princípios se complementam. (MILAGRES, Marcelo Oliveira. GRAN CRISTÓFORO, Pablo. **Juizado Especial Criminal**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 17).

13 ALMEIDA NETO, Joaquim Domingos. **Juizados Especiais Criminais: Uma Visão da Nova Justiça Criminal.** HONÓRIO, Maria do Carmo e OLIVEIRA, José Anselmo de (Org.). **Sistema dos Juizados Especiais**. Campinas: Millennium. 2012, p. 41.

dispor da ação penal, isto é, de promovê-la, sob certas condições previstas legalmente, desde que exista a concordância do autor da infração e a homologação judicial evitando assim o desgaste do sistema judiciário e a estigmatização do acusado. Molina discorre que

> Para além de a nova lei prever tratamento jurídico distinto (despenalizador) para as infrações de menor potencial ofensivo, o que ainda urge destacar é a possibilidade da suspensão condicional do processo (que não se confunde com o clássico *sursis*, tampouco com a *probation)* nas infrações de média gravidade (delitos cuja a pena mínima não exceda um ano). E desde logo convém salientar que a reparação do dano aparece como condição primeira dessa suspensão. Uma vez mais, está o novo sistema penal preocupado com os interesses da vítima. A pretensão punitiva estatal, destarte, nessas infrações "menores", deixou de ser a meta principal[14]

Essas inovações são um desvio da tradição jurídica brasileira, que é influenciada pelo sistema de *civil law*, característico de países como França e Alemanha, onde prevalece a formalidade e a aplicação estrita da lei. Marcelo Oliveira Milagres e Pablo Gran Cristóforo explicam que:

> A transição entre a forma de processar prevista no Código de Processo Penal de 1941 e a nova fórmula trazida pela lei 9099/95, como plano piloto e primeiros passos para o que hoje se viu, com o advento da Lei 13.964/2019 (conhecido como Pacote Anti Crime), demonstra o abandono, pouco a pouco, das velhas práticas do Civil Law e caminha para a adoção de um processo penal mais flexível, mais dinâmico e mais resolutivo características presentes no sistema Common Law. Institutos como composição civil entre os envolvidos (vítima e autor do fato) transação penal e suspensão condicional do processo conferem maior agilidade na solução do litígio, incapaz de ser alcançada no tradicional e moroso processo penal de nosso antigo Código de Processo Penal[15].

O paradigma restaurativo, por outro lado, enfatiza a importância do diálogo e do entendimento mútuo, promovendo uma justiça mais participativa e menos adversarial. No Brasil, a adoção desses métodos alternativos de resolução de conflitos reflete uma mudança de perspectiva no tratamento do delito e do seu autor, alinhando-se a uma tendência global de humanização da justiça penal.

Essa abordagem tem mostrado resultados positivos em diversos países, reduzindo taxas de reincidência e melhorando a satisfação das vítimas com o processo de justiça. No entanto, ainda há um longo caminho a percorrer para que o paradigma restaurativo seja plenamente integrado ao sistema jurídico brasileiro, exigindo mudanças culturais, estruturais e educacionais.

A implementação efetiva do paradigma restaurativo no Brasil poderia transformar profundamente a maneira como a sociedade lida com o crime, promovendo uma cultura de paz e respeito aos direitos humanos. Isso passa pela capacitação de profissionais, pela sensibilização da sociedade e pelo fortalecimento das instituições responsáveis pela aplicação da justiça. Com esses esforços, o Brasil pode se tornar um exemplo de Justiça Restaurativa, contribuindo para um mundo mais justo e equitativo.

No contexto brasileiro, a Justiça Restaurativa tem ganhado espaço como uma alternativa complementar à Justiça Retributiva tradicional, que muitas vezes se mostra insuficiente para atender às necessidades das vítimas e da sociedade em geral, com a utilização de círculos de diálogo, mediação e outras técnicas, busca-se não apenas a punição, mas a transformação das relações sociais afetadas pelo crime.

A Lei 9.099/95, que regulamenta os Juizados Especiais, já contempla mecanismos que permitem a aplicação dessas práticas, embora ainda haja desafios para sua implementação plena e efetiva. A experiência brasileira com a Justiça Restaurativa, embora ainda incipiente, tem mostrado resultados promissores, indicando um caminho possível para a reforma do sistema de justiça criminal no país. A adoção dessas práticas nos Juizados Especiais Criminais pode ser aplicada como uma forma de solucionar o conflito de maneira mais humanizada e menos punitiva, sendo um passo importante na direção de um sistema de justiça mais justo, equitativo e eficaz.

Nos Juizados Especiais Criminais, a aplicação da Justiça Restaurativa segue princípios como a responsabilização do ofensor, a reparação dos danos causados à vítima e à sociedade, e a reintegração do ofensor à comunidade. O proces-

14 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 597.

15 MILAGRES, Marcelo Oliveira. GRAN CRISTÓFORO, Pablo. **Juizado Especial Criminal**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 1.

so geralmente envolve encontros restaurativos, onde as partes têm a oportunidade de expressar seus sentimentos e perspectivas, e trabalhar juntas para chegar a um acordo que atenda às necessidades de todos.

Além disso, a Justiça Restaurativa nos Juizados Especiais Criminais pode contribuir para desafogar o sistema judiciário, oferecendo uma resolução mais rápida e satisfatória para as partes envolvidas. Isso é particularmente importante em um sistema frequentemente sobrecarregado e lento. Ao promover a resolução de conflitos fora do ambiente tradicional do tribunal, a Justiça Restaurativa também ajuda a reduzir a estigmatização do ofensor, facilitando sua reintegração social e prevenindo a reincidência.

Em suma, a Justiça Restaurativa representa uma mudança de paradigma na maneira como a sociedade lida com o crime e o conflito, colocando o foco na cura e na comunidade, em vez de apenas na punição. Sua aplicação em crimes de menor potencial ofensivo é um exemplo de como o sistema judiciário pode evoluir para atender melhor às necessidades de todos os cidadãos.

4 - O MINISTÉRIO PÚBLICO EM SUA ATUAÇÃO RESOLUTIVA E NÃO APENAS DEMANDISTA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, representou um marco na história política e social do Brasil. Embora o Ministério Público já existisse antes de 1988, a nova Carta Magna ampliou significativamente suas funções e autonomia, consolidando-o como uma instituição essencial à justiça e à manutenção do regime democrático. Com a promulgação da Constituição, os membros do Ministério Público ganharam novas ferramentas para proteger os direitos dos cidadãos e fiscalizar o cumprimento das leis, atuando como verdadeiros defensores da sociedade. Eles foram incumbidos de promover a justiça social, defender o regime democrático e zelar pelo respeito aos direitos fundamentais.

A Constituição de 1988 estabeleceu que o Ministério Público deveria ser independente de outros poderes do Estado, permitindo-lhe uma atuação livre de interferências políticas, o que é fundamental para que possa cumprir seu papel de agente de transformação social. Além disso, a Constituição fortaleceu o Ministério Público com a atribuição de novas responsabilidades, como a defesa do meio ambiente, do patrimônio público e dos direitos de grupos sociais vulneráveis, como crianças, adolescentes e idosos. Ensina Marcelo Pedroso Goulart

> A Constituição definiu o Ministério Público como instituição essencial à implementação do projeto de democracia substantiva, vinculando-o a esse projeto. Em razão dessa vinculação, os princípios e objetivos fundamentais da República orientam a sua atuação. Importa dizer que o Ministério Público apresenta uma das instituições construtoras da sociedade livre, justa e solidária. O objetivo institucional confunde-se, portanto, com o objetivo da República[16].

A atuação do Ministério Público contribui para a consolidação da democracia e para a construção de um país onde o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais seja uma realidade para todos, em busca de uma sociedade mais justa e igualitária. Esta instituição, que anteriormente poderia ser vista como parte da estrutura burocrática do Estado, foi reconfigurada pela Carta Magna como um ente autônomo, com a missão de defender os direitos assegurados na Constituição e os interesses da sociedade. Afirmar que o Ministério Público é essencial à jurisdição é, pois, proclamar que a participação da instituição no fortalecimento da democracia dá-se mediante a representação dos interesses sociais fundamentais perante a jurisdição[17].

O Ministério Público desempenha um papel crucial na promoção da justiça e na proteção dos direitos fundamentais. Atua como um fiscal da ordem jurídica, garantindo que, tanto o governo, quanto os indivíduos, estejam em conformidade com as normas legais. Além de sua função de fiscalização, o Ministério Público também tem um papel proativo na sociedade ao contribuir para o desenvolvimento de políticas públicas que visam a melhoria da qualidade de vida e a realização dos objetivos fundamentais da Constituição.

Como guardião dos direitos fundamentais e da ordem jurídica, o Ministério Público tem o dever constitucional de atuar de maneira resolutiva, utilizando os instrumentos legais dispo-

16 GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma Teoria Geral do Ministério Público.** Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 108.

17 MORAES, Rodrigo Iennaco. O Ministério Público como função essencial à função do Estado. In. ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES

níveis para desenvolver projetos e propor soluções práticas que respondam às necessidades da sociedade. Esta função essencial à justiça requer não apenas a aplicação da lei, mas também a promoção de mudanças sociais positivas, a defesa do interesse público e a garantia dos princípios democráticos.

O Ministério Público resolutivo possui formas de atuação complementares, quais sejam: o demandista e o resolutivo. O uso dessa expressão pressupõe o Ministério Público como uma instituição que consiga resolver efetivamente as questões que lhe são postas pela sociedade[18] A atuação resolutiva do Ministério Público reflete a essência de sua missão institucional, que é a de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

A necessidade de agir de forma decisiva e eficaz não é uma mera opção discricionária, mas sim um dever que emana das responsabilidades constitucionais atribuídas a esta entidade. O planejamento estratégico, portanto, surge como um instrumento vital para orientar as ações dos membros do Ministério Público, garantindo que suas intervenções estejam alinhadas com os objetivos maiores da instituição.

Tradicionalmente visto como um órgão demandista, que atua reativamente diante de infrações e litígios, o Ministério Público vem adotando uma postura cada vez mais resolutiva. Aduz Leísa Mara Silva Guimarães,

o Ministério Público brasileiro fundou-se sob o perfil demandista, atuando exclusivamente no âmbito criminal, Posteriormente, passou a atuar na seara cível e, a partir daí, sob o enfoque do acesso à justiça, passou a tutelar os direitos de dimensão coletiva, o que vem lhe rendendo novo título doutrinário: Ministério Público Resolutivo[19].

Essa nova dinâmica busca antecipar-se aos problemas, atuando de forma proativa para solucionar conflitos e promover a justiça social antes que as questões se tornem irremediavelmente patológicas e conflituosas. Com essa abordagem, o Ministério Público assume uma identidade específica, utilizando seu poder de articulação e mecanismos extrajudiciais para equacionar os problemas sem a necessidade de acionar a Justiça como primeira medida.

Essa transformação reflete um amadurecimento democrático da sociedade e uma resposta à crise do Poder Judiciário, que enfrenta desafios como a lentidão e o excesso de formalismo. O Ministério Público Resolutivo, portanto, não apenas reage às demandas, mas também busca criar estratégias e soluções inovadoras que tenham um impacto social significativo. Isso envolve uma nova leitura do postulado da independência funcional, exigindo dos agentes ministeriais uma capacitação contínua e uma gestão eficiente de recursos materiais e humanos para atender às novas demandas da sociedade.

A ética dos resultados orienta essa nova postura, focando na qualidade e efetividade das ações do Ministério Público, em vez de se prender unicamente aos processos e procedimentos. Isso implica uma maior proximidade com a comunidade e uma responsabilidade compartilhada na busca por soluções que atendam às necessidades reais da população. A atuação resolutiva do Ministério Público é, assim, um reflexo de uma instituição que se adapta e evolui com a sociedade que visa proteger e servir. Rosângela Batista Cavalcanti assevera que

> (…) como os promotores de justiça tanto gostam de frisar não se pretende realizar um trabalho apenas de caráter punitivo, mas principalmente, preventivo. Prova disso são as várias cartilhas de orientação que o MP costuma distribuir à população com a finalidade de "ensiná-la a reclamar seus direitos[20].

JÚNIOR, Jarbas(Coord.). **Teoria Geral do Ministério Público.** Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 137.

18 GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e Democracia: teoria e práxis**. Leme: LED, 1998, p.112.

19 GUIMARÃES, Leísa Mara Silva. Ministério Público Resolutivo no enfoque do acesso à Justiça. ALMEIDA, Gregório Assagra de (Coord.). Coleção Direitos fundamentais e acesso à justiça no estado constitucional de direito em crise. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2019, p. 50.

20 CAVALCANTI, Rosângela Batista. O Ministério Público na Paraíba, In: SADEK, Maria Tereza (Org.). SANCHES FILHO, AO., et al. **Justiça e cidadania no Brasil [online]**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein, 2009. pp. 117-136. Disponível em <https://books.scielo.org/id/rrwrz/pdf/sanches-9788579820175-03.pdf> Acesso em: 15 abr. 2024.

A Carta de Brasília[21], assinada em 2016, é um marco significativo na história do Ministério Público brasileiro, representando um compromisso com a modernização e a eficiência da instituição. Este documento simboliza uma mudança paradigmática, enfatizando a necessidade de um Ministério Público proativo, que não se limite a atuar dentro dos estritos limites processuais, mas que busque ativamente a promoção dos direitos fundamentais e a transformação social. A Carta reconhece a importância de um Ministério Público que atue como um verdadeiro agente de mudança, capaz de responder aos desafios contemporâneos com soluções inovadoras e eficazes.

A adoção deste novo modelo resolutivo reflete uma compreensão ampliada do papel constitucional do Ministério Público, que vai além da tradicional figura do fiscal da lei. O documento destaca a relevância de uma atuação extrajurisdicional, que permite ao Ministério Público intervir em questões sociais complexas, muitas vezes antes que estas cheguem ao conhecimento do Poder Judiciário. Leísa Mara Silva Guimarães, pontua que

> o Ministério Público resolutivo tem em si mesmo uma instância de atuação. O Judiciário torna-se um espaço excepcional de atuação e apenas em determinadas hipóteses; quando impossibilitada a solução extrajudicial das questões, o Ministério Público atuará frente a este poder[22].

Isso implica uma atuação preventiva e estratégica, focada na resolução de problemas e na promoção de políticas públicas que garantam os direitos da população. Como guardião da ordem jurídica e do regime democrático, o Ministério Público desempenha um papel crucial na prevenção da criminalidade, não apenas reagindo a infrações após sua ocorrência, mas também trabalhando proativamente para orientar políticas públicas e ações legislativas. Esta abordagem preventiva é essencial para combater as raízes da criminalidade, pois ao focar nas causas subjacentes, o Ministério Público pode ajudar a criar uma sociedade mais justa e segura.

A resolutividade na prevenção de conflitos é um aspecto fundamental para a manutenção da segurança pública e a promoção da paz social. Ao adotar medidas proativas, os membros do Ministério Público podem não apenas prevenir a ocorrência de delitos, mas também contribuir para a construção de um ambiente mais seguro e harmonioso. A prevenção de conflitos e a redução da criminalidade são, portanto, objetivos que requerem um compromisso contínuo e ações coordenadas para serem efetivamente alcançados.

A eficácia do Ministério Público depende de sua habilidade em adaptar-se às mudanças sociais e aos novos desafios que emergem. Isso implica em uma constante atualização de conhecimentos e práticas, bem como uma abertura para o diálogo com a comunidade e outras instituições. A colaboração interinstitucional e a transparência nas ações são fundamentais para construir uma sociedade mais justa e equitativa.

Em suma, o Ministério Público, ao abraçar uma atuação resolutiva e inovadora, reafirma seu compromisso com a justiça e com a sociedade. Seu trabalho vai além do cumprimento de tarefas processuais; ele é um agente de transformação social que, através de sua atuação consciente e dedicada, busca incessantemente a realização da justiça e a melhoria da qualidade de vida de todos os cidadãos.

5 - O MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO E AS EXPERIÊNCIAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DE BELO HORIZONTE/MG

O Ministério Público, com atuação no Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte/MG, na busca de resultados mais duradouros e em respeito a um dos princípios basilares que é a pacificação social, vêm utilizando de medidas alternativas, como a Justiça Restaurativa, por ser uma forma de auxiliar na prevenção da violência, podendo diminuir de modo eficaz a reincidência do autor do delito, bem como ajudar na sua reinserção so-

21 "*A Carta de Brasília é um acordo de resultados firmado entre a Corregedoria Nacional e as Corregedorias das unidades do Ministério Público. O documento, aprovado durante o 7º Congresso Brasileiro de Gestão, em setembro de 2016, explicita premissas para a concretização do compromisso institucional de gestão e atuação voltadas à atuação resolutiva, em busca de resultados de transformação social, prevendo diretrizes estruturantes do MP, de atuação funcional de membros e relativas às atividades de avaliação, orientação e fiscalização dos órgãos correicionais*". CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Carta de Brasília.** Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/749-institucional/corregedoria/carta-de-brasilia/10494- carta-de-brasilia?tmpl=component&print=1&page=> Acesso em: 15 abr. 2024.

22 GUIMARÃES, Leísa Mara Silva. Ministério Público Resolutivo no enfoque do acesso à Justiça. ALMEIDA, Gregório Assagra de (Coord.). Coleção Direitos fundamentais e acesso à justiça no estado constitucional de direito em crise. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2019, p. 54.

cial, tendo em vista que o objetivo é restaurar a pessoa que praticou o ilícito penal e não somente puni-la. Goulart enfatiza que

> No paradigma demandista, a atuação do Ministério Público é limitada, reativa e apresenta baixo grau de efetividade. As atividades práticas desenvolvem-se nos limites espaciais da comarca e funcionais do processo, sob a regência de agentes que atuam de forma individualizada e isolada e que têm como horizonte a solução judicial dos problemas que lhes são postos. No paradigma resolutivo, a atuação é proativa, integrada, desenvolvida em escalas múltiplas de organização espacial e marcada pela busca da eficácia. Nesse novo modelo, as atividades práticas são orientadas pelo conhecimento da realidade produzido na interlocução da Instituição com os movimentos sociais e a comunidade científica, bem como pela pesquisa exaustiva dos fatos em sede procedimental. Potencializa-se, nas atividades extrajudiciais, o papel do agente político como construtor de consensos emancipadores e, nas atividades judiciais, o papel do agente processual como fomentador de decisões justas[23].

No que se refere à lei do Juizado Especial Criminal, o Ministério Público possui um papel imprescindível na resolução dos conflitos, sendo um órgão constitucionalmente incumbido da defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, lutando diretamente contra a violação dos direitos e da ordem social, sendo ele, titular da ação penal pública. Além disso, seu objetivo principal é fazer cumprir a Constituição Federal em seu inteiro teor.

O Ministério Público, com atuação no Juizado Especial Criminal, como defensor incondicional das garantias constitucionais, procura utilizar de alternativas mais humanas e eficazes de cumprimento de pena, devendo ser um Órgão que reforça e aprimora o seu perfil resolutivo, utilizando de instrumentos autocompositivos. Um desses instrumentos autocompositivos utilizados pelo Ministério Público é a Justiça Restaurativa, possibilitando um outro modo de ver do conflito, introduzindo o diálogo entre as partes envolvidas.

Sendo um componente vital na estrutura de justiça criminal do Brasil, a atuação do Ministério Público junto ao Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte, em Minas Gerais, auxilia especialmente na prevenção social da criminalidade, desempenhando um papel crucial na aplicação da Lei 9.099/95, buscando resolver conflitos de forma pacífica e rápida, oferecendo soluções alternativas à prisão, como a conciliação e a transação penal. A atuação do Ministério Público nesse contexto é orientada pelos princípios elencados na referida Lei, visando sempre a reparação dos danos à vítima e a aplicação de penas alternativas à detenção.

No Juizado Especial Criminal em Belo Horizonte/MG, o Ministério Público pode propor ações penais, participar de audiências de conciliação e supervisionar a execução de medidas despenalizadoras. A prevenção social da criminalidade é alcançada por meio da promoção de acordos que visam a reparação dos danos e a responsabilização do infrator de maneira a evitar a reincidência. Pontuam Marcelo Oliveira Milagres e Pablo Gran Cristóforo

> A propósito, nessa fase preliminar, o Juizado Especial Criminal, atento a seu objetivo pacificador, vale-se de vários personagens qualificados, como assistentes sociais, psicólogos e estudantes de direitos, todos formando um corpo multidisciplinar, com foco na restauração do status quo (situação anterior ao crime). É nessa fase e com trabalho desses atores que o juiz togado pode tentar a Justiça Restaurativa[24].

Desempenhando um papel fundamental na prevenção da criminalidade e na promoção de uma sociedade mais justa e segura, a presença do Ministério Público no Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte/MG reflete o compromisso do sistema jurídico brasileiro com a Justiça Restaurativa e a resolução de conflitos de maneira eficiente e humanizada. Marcelo Oliveira Milagres e Pablo Gran Cristóforo ressaltam que

> (...) é nesse ponto que o Juizado Especial Criminal se difere dos outros órgãos jurisdicionais. O instrumental da Lei 9099/1995, com destaque as medidas despenalizadoras, associado ao preparo e ao trabalho da equipe multidisciplinar, torna possível a humanização do processo[25]

A Resolução CNMP nº 243/2021 estabelece que incumbe ao Ministério Público implementar projetos e mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos, por meio de negociação, mediação e conferências reparadoras dos traumas derivados dos eventos criminosos ou de atos infracionais. Além disso, o Ministério Público deve fomentar

23 GOULART, Marcelo Pedroso. **Corregedorias e Ministério Público Resolutivo.** Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público: o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público, v. 1. Brasília: CNMP, 2016. Disponível em <https://www2.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/14- 09_CNMP_Revista_Juridica_final.pdf#page=218 > Acesso em: 25 abr. 2024.

24 MILAGRES, Marcelo Oliveira. GRAN CRISTÓFORO, Pablo. **Juizado Especial Criminal**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 5.

25 MILAGRES, Marcelo Oliveira. GRAN CRISTÓFORO, Pablo. **Juizado Especial Criminal**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 5.

e implementar políticas de atuação em rede, mediante termos de cooperação e parcerias[26].

Destaca-se também que em 17 de setembro de 2021, por meio da Resolução PGJ MPMG n. 42, foi instituído em Belo Horizonte/MG o Centro de Autocomposição de Conflitos e Segurança Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais (COMPOR), unidade vinculada à Procuradoria-Geral de Justiça, que possui como finalidade a implementação, a adoção e o incentivo aos métodos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação e as práticas restaurativas[27].

A Justiça Restaurativa é uma abordagem inovadora no sistema de justiça criminal que busca reparar o dano causado pelo crime, focando na cura e no diálogo entre as partes envolvidas. Em Belo Horizonte, o Ministério Público atua ativamente junto ao Juizado Especial Criminal para implementar práticas restaurativas, que são essenciais na prevenção social da criminalidade. Essas práticas incluem círculos de paz, mediações e conferências restaurativas, que visam não apenas punir, mas também entender as causas do comportamento criminoso e trabalhar para a reintegração do ofensor na sociedade.

Além disso, existe o atendimento ao público realizado pelos membros e servidores do Ministério Público de Minas Gerais, e, apesar de não ser identificado como um método extrajudicial de resolução de conflitos, essa é uma função muito importante de instrumento de resolutividade realizada pelo órgão ministerial. Hugo Nigro Mazzilli afirma nesse sentido que

> A experiência no atendimento ao público e na composição de conflitos de interesses demonstra que a maior parte das controvérsias morreria ali, pois é muito expressivo o número de pessoas que, mediadas de pronto por autoridade imparcial, acedem a uma solução razoável[28].

O processo restaurativo é voluntário e colaborativo, requerendo a participação de vítimas, ofensores, famílias e membros da comunidade. O objetivo é alcançar um entendimento mútuo e desenvolver um plano de ação que atenda às necessidades de todos os envolvidos. Através deste processo, o Ministério Público em Belo Horizonte/MG promove a responsabilidade ativa, a inclusão e a responsabilidade social, contribuindo para a construção de uma comunidade mais segura e harmoniosa.

A Justiça Restaurativa no Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte/MG tem mostrado resultados promissores, com muitos casos sendo resolvidos de maneira satisfatória para as partes. Percebe-se em dados extraídos pelo Setor Psicossocial do Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte/MG que no período de 2014 a 2022 temos uma média de 40% de casos encerrados por desinteresse e/ou acordo entre as partes envolvidas (Figura 1).

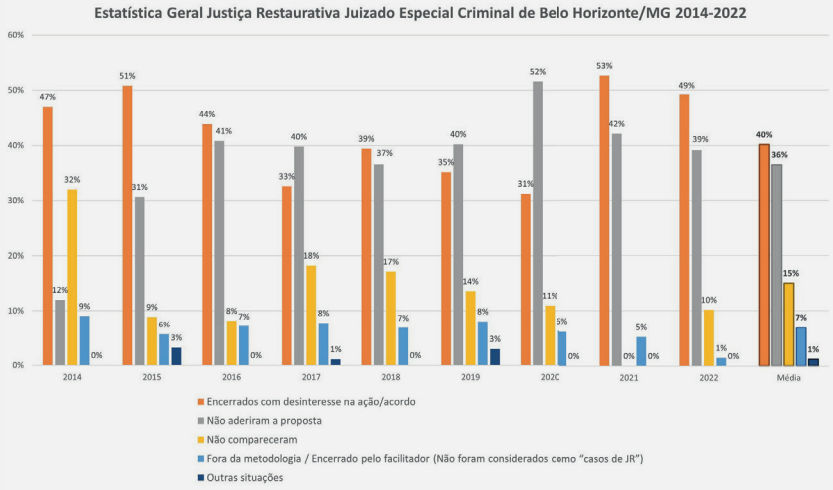


Figura 1 – Gráfico com a Estatística Geral da aplicação da Justiça Restaurativa no Juizado Especial de Belo Horizonte/MG

Fonte: Dados fornecidos pelo Setor Psicossocial do Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte/MG.

26 CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Justiça Restaurativa.** Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/defesadasvitimas/o-ministerio-publico-e-a-vitima/justica-restaurativa> Acesso em: 18 abr. 2024.

27 ARLÉ, Danielle de Guimaraes Germano. MOREIRA, Jairo Cruz. MARTINS, Luciano Luz Baldini. **O Centro de Autocomposição de conflitos e segurança jurídica do Ministério Público de Minas Gerais - COMPOR: técnicas aplicadas com foco na resolutividade**. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Corregedoria/COI-2024/Biblioteca_Digital/MPAC/ Artigo1MPMG.pdf> Acesso em: 29 de abr. 2024.

28 MAZZILLI, Hugo Nigro. **O acesso à justiça e o Ministério Público.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 64.

Isso demonstra o potencial dessa abordagem para transformar o sistema de justiça criminal e criar uma sociedade mais justa e pacífica. A atuação do Ministério Público é fundamental neste processo, pois oferece uma alternativa ao modelo tradicional de justiça, que muitas vezes é visto como ineficaz na prevenção da reincidência e na resolução de conflitos sociais. A Justiça Restaurativa representa um passo significativo em direção a um sistema de justiça mais humano e efetivo.

Todavia, os desafios da implementação da Justiça Restaurativa em Belo Horizonte/MG são multifacetados e envolvem aspectos sociais, institucionais e culturais. Um dos principais desafios é a sensibilização e capacitação dos profissionais do sistema de justiça criminal, incluindo juízes, promotores[29] e advogados, para que compreendam e apliquem os princípios e práticas restaurativas. Além disso, é necessário promover a conscientização da comunidade sobre os benefícios dessa abordagem, que vai além da punição e busca a reparação do dano e a reintegração social do ofensor.

A resistência cultural à mudança também é um obstáculo, pois muitos ainda veem a justiça apenas em termos de punição e podem ser céticas quanto à eficácia da Justiça Restaurativa, fato ressaltado por Danielle de Guimaraes Germano Arlé que

> Atuando como membro do Ministério Público mineiro desde 1992, a autora percebe a grande resistência que existe no Ministério Público Brasileiro à adoção da visão restaurativa de justiça, pois aos membros resistentes pode parecer que a Justiça Restaurativa que excluir o processo formal de justiça ou a ação penal, no caso do conflito criminal.

Outro desafio significativo é a integração efetiva da Justiça Restaurativa com o sistema de justiça tradicional, garantindo que as práticas restaurativas não sejam vistas como uma alternativa menor ou menos séria, mas como um complemento valioso que pode levar a resultados mais duradouros e significativos para todos os envolvidos, sendo necessário que o Ministério Público de Minas Gerais ultrapasse os desafios internos para assim se tornar a instituição projetada pelo constituinte e cumprir sua missão institucional[30].

A infraestrutura e os recursos financeiros também são barreiras, pois a implementação de programas de Justiça Restaurativa requer investimentos em treinamento, espaços adequados para encontros e profissionais qualificados para facilitar o processo. João Gaspar Rodrigues explana que

> A assunção e a implantação consciente desse novo modelo resolutivo não podem ficar limitadas às iniciativas individuais de membros à frente de seu tempo, mas sim resultado de um planejamento estratégico da própria Instituição. Como objeto de uma ação coletiva e institucional, o novo método de atuação vai exigir maior aporte de recursos materiais e humanos[31].

Além disso, há o desafio de estabelecer um sistema de acompanhamento e avaliação que permita medir a eficácia das práticas restaurativas e fazer ajustes conforme necessário. Isso inclui o desenvolvimento de medidas para avaliar a relação custo-eficácia das iniciativas de Justiça Restaurativa, a variabilidade nos indicadores usados para medir o êxito do programa, as medidas específicas usadas pelas avaliações de programas para avaliar a "satisfação" da vítima e do ofensor, dentre outros[32].

A Justiça Restaurativa em Belo Horizonte apesar de implantada em 2012, sob a coordenação da magistrada Flávia Birchal de Moura, de acordo

---

29 O atual perfil binário do MP(demandista e resolutivo) engendra dois tipos bem definidos de agentes. De um lado, o Promotor demandista (ou de gabinete) – propositor de medidas judiciais e reativo, agente burocrático e processual, parecerista, preocupado com prazos e resultados processuais –; de outro, o Promotor resolutivo – agente antecipador e proativo (nova atitude mental e renovada disposição para a ação), agente político articulador, agente preocupado com positivas transformações na realidade social. (RODRIGUES, João Gaspar. **Ministério Público Resolutivo e um Novo Perfil na Solução Extrajudicial de Conflitos: Lineamentos sobre a Nova Dinâmica.** Disponível em: <https://es.mpsp.mp.br/revista_justitia/index.php/Justitia/article/view/89> Acesso em 25 abr. 2024.

30 ARLÉ, Danielle de Guimaraes Germano. **A Justiça Restaurativa e o Ministério Público Brasileiro**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 143.

31 RODRIGUES, João Gaspar. **Ministério Público Resolutivo e um Novo Perfil na Solução Extrajudicial de Conflitos: Lineamentos sobre a Nova Dinâmica.** Disponível em: <https://es.mpsp.mp.br/revista_justitia/index.php/Justitia/article/view/89> Acesso em 25 abr. 2024.

32 NAÇÕES UNIDAS. Escritório sobre Drogas e Crime. **Manual sobre programas de justiça restaurativa [recurso eletrônico]** / Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime ; tradução de Cristina Ferraz Coimbra, Kelli Semolini. 2. ed. Brasília : Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/manual-sobre-programas-de- justica-restaurativa.pdf> Acesso em: 25 abr. 2024.

com a avaliação e monitoramento realizado através do relatório analítico propositivo

> (...)inexiste uma sistemática de monitoramento ou avaliação de resultados, o que compromete a produção de indicadores quantitativos e qualitativos de resultados ou de impacto. Além disso, o programa não dispõe de instrumentos que possam dimensionar o impacto das práticas restaurativas na vida das pessoas envolvidas, ou que possam indicar os números de reiteração de condutas e ou revitimizações. Por outro lado, o projeto realiza uma avaliação com os participantes do serviço, a qual é efetuada por telefone e busca medir a satisfação em relação ao processo[33].

Apesar dos obstáculos listados, percebe-se que comunidade de Belo Horizonte tem demonstrado uma resposta positiva em relação à Justiça Restaurativa, reconhecendo-a como uma ferramenta valiosa para a resolução de conflitos e a promoção da harmonia social. É essencial garantir a voluntariedade e a imparcialidade no processo restaurativo, assegurando que todas as partes envolvidas, especialmente as vítimas, participem de forma consensual e se sintam seguras e apoiadas durante todo o processo.

Dessa forma, essas iniciativas refletem um movimento crescente em direção a uma justiça mais inclusiva e reparadora, que busca não apenas punir, mas também entender e resolver as causas subjacentes dos conflitos. O Ministério Público de Minas Gerais tem atuado de forma resolutiva para consolidar a Justiça Restaurativa como uma ferramenta eficaz na resolução de casos processados pelo Juizado Especial Criminal.

6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Justiça Restaurativa é um conceito inovador que transcende a abordagem tradicional do sistema de justiça criminal, focando na reparação do dano e na resolução de conflitos de maneira mais humanizada e colaborativa, propondo uma mudança de paradigma, onde o crime é visto não apenas como uma violação da lei, mas como um dano às pessoas e relações interpessoais. Isso requer uma expansão dos significados tradicionais de crime e justiça, incentivando uma reflexão mais profunda sobre as causas e consequências dos atos criminosos. Ao fazer isso, busca-se não apenas resolver o caso específico, mas também prevenir a reincidência e fortalecer os laços comunitários.

As metodologias empregadas na Justiça Restaurativa incluem círculos de paz, conferências restaurativas e mediação, que proporcionam espaços seguros para que as partes possam expressar seus sentimentos e perspectivas. Essas práticas promovem o entendimento e o respeito mútuo, permitindo que os envolvidos elaborem juntos um plano de reparação que faça sentido para todos. Além disso, ao envolver a comunidade no processo, a Justiça Restaurativa trabalha para restaurar a confiança e promover uma cultura de responsabilidade e cuidado mútuo.

A implementação da Justiça Restaurativa em Belo Horizonte/MG enfrenta desafios, especialmente no que diz respeito à mudança de mentalidade dos profissionais da área jurídica. A aceitação de que mudanças procedimentais por si só não são suficientes para impactar positivamente a justiça criminal é um passo crucial. É necessário um compromisso contínuo com a educação e a formação em práticas restaurativas, bem como políticas públicas que apoiem e promovam essas iniciativas.

O Ministério Público ao incentivar a utilização da Justiça Restaurativa, como abordagem preventiva no Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte, representa um avanço significativo na forma de abordar o crime e o conflito. Esta prática, que busca envolver todas as partes afetadas pelo crime em um processo de diálogo e reparação, tem o potencial de transformar a experiência de justiça para vítimas, ofensores e a comunidade em geral. Ao promover o entendimento mútuo e a resolução colaborativa de conflitos, a Justiça Restaurativa em Belo Horizonte pode servir como modelo para outras Comarcas.

A implementação de programas de Justiça Restaurativa antes da denúncia formal pelo Ministério Público pode reduzir a carga sobre os tribunais e oferecer uma resolução mais humana e personalizada para os casos criminais. Além disso, a Justiça Restaurativa alinha-se com padrões e normas internacionais, promovendo uma justiça mais inclusiva e participativa. A integração da comunidade no processo judicial não apenas fortalece a sociedade em geral, mas também pro-

33 BRASIL. Fundação José Arthur Boiteux. Universidade Federal de Santa Catarina. **Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário.** Brasília: CNJ, 2018. 376 p. (Justiça Pesquisa). Relatório analítico propositivo.

move uma maior compreensão das causas subjacentes do crime, permitindo intervenções mais eficazes e duradouras. A adoção de tais práticas no Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte reflete um compromisso com a inovação e a melhoria contínua do Judiciário.

Em suma, a Justiça Restaurativa representa uma abordagem promissora para a resolução de conflitos no âmbito da justiça criminal. O Ministério Público Resolutivo de Minas Gerais junto ao Poder Judiciário, continua a ser um agente de mudança nesse processo, trabalhando para que a Justiça Restaurativa se torne uma realidade cada vez mais presente no sistema de justiça brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA NETO, Joaquim Domingos.**Juizados Especiais Criminais: Uma Visão da Nova Justiça Criminal.** HONÓRIO, Maria do Carmo e OLIVEIRA, José Anselmo de (Org.). **Sistema dos Juizados Especiais**. Campinas: Millennium. 2012. p. 41.

ARLÉ, Danielle de Guimaraes Germano. **A Justiça Restaurativa e o Ministério Público Brasileiro**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

ARLÉ, Danielle de Guimaraes Germano. MOREIRA, Jairo Cruz. MARTINS, Luciano Luz Baldini. **O Centro de Autocomposição de conflitos e segurança jurídica do Ministério Público de Minas Gerais - COMPOR: técnicas aplicadas com foco na resolutividade**. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Corregedoria/COI-2024/Biblioteca_Digital/ MPAC/Artigo1MPMG.pdf> Acesso em: 29 de abr. 2024.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **O Paradigma Emergente em seu Labirinto: Notas para o Aperfeiçoamento dos Juizados Especiais Criminais**. *In.*: WUNDERLICH, Alexandre e CARVALHO, Salo de (Org.) **Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2005.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal.** 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2002.

BECCARIA, Cesare. **De los delitos y de las penas.** Madrid, Alianza Editorial, 1968.

BECKER, Howard S. ***Outsiders:* estudos de sociologia do desvio**. São Paulo: Ed. Zahar. 2008.

BELLO, Enzo. **Perspectivas para o Direito Penal e para um Ministério Público Republicano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BERGEL, Jean- Louis. **Teoria Geral do Direito**. Tradução Maria Ermantina Almeida Prado Galvão. 2° edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BRASIL. Fundação José Arthur Boiteux. Universidade Federal de Santa Catarina. **Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário.** Brasília: CNJ, 2018. 376 p. (Justiça Pesquisa). Relatório analítico propositivo.

CASTRO, Lola Anyar de. **Criminologia da reação social**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

CAVALCANTI, Rosângela Batista. O Ministério Público na Paraíba, In: SADEK, Maria Tereza (Org.). SANCHES FILHO, AO., et al. **Justiça e cidadania no Brasil [online]**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein, 2009. pp. 117-136. Disponível em <https://books.scielo.org/id/rrwrz/pdf/sanches-9788579820175-03.pdf> Acesso em: 05 abr. 2024.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Lei 9.099/95, de 26 de Setembro de 1995. Algumas Observações**. *In.*:**RevistaBrasileira de Ciências Criminais**n° 13. São Paulo: IBCCRIM/ Revista dos Tribunais. 1996. p. 121-122.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Carta de Brasília.** Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/749-institucional/corregedoria/carta-de-brasilia/10494-carta-de-brasilia?tmpl=component&print=1&page=> Acesso em: 15 abr. 2024.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Ministério Público e políticas públicas para a concretização da ordem social constitucional**. 1999. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1999.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOFFMAN, Erving. (1891). **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada.** Mathias Lambert (Trad.), 2004.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e Democracia: teoria e práxis**. Leme: LED, 1998.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma Teoria Geral do Ministério Público.** Belo Horizonte: Arraes, 2013

GOULART, Marcelo Pedroso. **Corregedorias e Ministério Público Resolutivo.** Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público: o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público, v. 1. Brasília: CNMP, 2016. Disponível em <https://www2.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/14- 09_CNMP_Revista_Juridica_final.pdf#page=218> Acesso em: 25 abr. 2024.

GUIMARÃES, Leísa Mara Silva. **Ministério Público Resolutivo no enfoque do acesso** à **Justiça.** ALMEIDA, Gregrório Assagra de (Coord.). Coleção Direitos fundamentais e acesso à justiça no estado constitucional de direito em crise. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2019.

JACCOULD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: Bastos, Márcio Thomaz; Lopes, Carlos e Renalut, Sérgio RabelloTamm (Org.). **Justiça Restaurativa:** coletânea de artigos. Brasília: MJ e PNUD, 2005, p. 163. Disponível em: <https://www5.pucsp.br/ecopolitica/downloads/biblioteca_direito/JustCA_restaurativa_PNUD_2005.pdf> Acesso em: 14 abr. 2024.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O acesso** à **justiça e o Ministério Público.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Rodrigo Iennaco. O Ministério Público como função essencial à função do Estado. In. ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas(Coord.). **Teoria Geral do Ministério Público.** Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 135-138.

MILAGRES, Marcelo Oliveira. GRAN CRISTÓFORO, Pablo. **Juizado Especial Criminal**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.
NAÇÕES UNIDAS. Escritório sobre Drogas e Crime. **Manual sobre programas de justiça restaurativa [recurso eletrônico]** / Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime ; tradução de Cristina Ferraz Coimbra, Kelli Semolini. 2. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp- content/uploads/2021/09/manual-sobre-programas-de-justica-restaurativa.pdf> Acesso em: 25 abr. 2024.

PINHO, Rafael Gonçalves de. **Justiça Restaurativa: um novo conceito.** Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, Volume III. Disponível em: <https://www.e- publicacoes.uerj.br/redp/article/download/22177/16025/71383>. Acesso em: 15 abr. 2024.

RODRIGUES, João Gaspar. **Ministério Público Resolutivo e um Novo Perfil na Solução Extrajudicial de Conflitos: Lineamentos sobre a Nova Dinâmica.** Disponível em: <https://es.mpsp.mp.br/revista_justitia/index.php/Justitia/article/view/ 89> Acesso em 25 abr. 2024.

ROSA, Felippe Augusto de Miranda. **Sociologia do Direito. O Fenômeno Jurídico como Fato Social.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996.

SALLA, Fernando; GAUTO, Maitê; ALVAREZ, Marcos César. **A contribuição de David Garland a sociologia da punição. Tempo Social** – Revista de Sociologia da USP, v. 18, n. 1, p. 329-350, 2010.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal:** o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2012.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZEHR, Howard *apud* GOMES PINTO, Renato Sócrates. **Justiça Restaurativa** é **Possível no Brasil?** *In:* SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa.** Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Para o Desenvolvimento – PNUD. 2005. Disponível em: <https://www5.pucsp.br/ecopolitica/downloads/biblioteca_direito/JustCA_restaurativa_PNUD_2005.pdf> Acesso em 14 abr. 2024.

O PSEUDODIREITO DO RÉU DE MENTIR E OS REFLEXOS NA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

MANUELA XAVIER LAGES FARIA

O PSEUDODIREITO DO RÉU DE MENTIR E OS REFLEXOS NA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

MANUELA XAVIER LAGES FARIA

RESUMO: O presente estudo se propõe a compreender se há amparo jurídico para a mentira do acusado no processo penal brasileiro, bem como analisar os possíveis reflexos de tais declarações na individualização da pena. Para tanto, serão estudadas inicialmente as concepções jurídicas da verdade e as referências legais ao termo no âmbito processual penal. Em seguida, buscar-se-á a compreensão da verdade dentro do prisma do garantismo integral, enquanto instrumento de proteção ao acusado, vítima e sociedade. No curso do trabalho, serão analisados referenciais da literatura jurídica para demonstrar a falta de amparo legal para o chamado "direito de mentir", demonstrando-se que a afirmação de tal pseudodireito decorre da equivocada concepção da garantia constitucional da não autoincriminação. Por fim, o estudo se debruçará sob os reflexos da mentira na dosimetria da pena, no âmbito da circunstância judicial da personalidade, revisitando decisões judiciais sobre o tema.

Palavras-chave: Processo penal; Mentira; Autodefesa; Dosimetria; Personalidade.

ABSTRACT: The present study aims to comprehend whether there is legal support for the defendant's lie in the Brazilian criminal process, as well as to analyze the possible ramifications of such statements on the individualization of punishment. To this end, the legal conceptions of truth and the legal references to the term within the scope of criminal procedural law will be initially examined. Subsequently, an understanding of truth within the prism of comprehensive legal protection, as an instrument for safeguarding the defendant, victim, and society, will be sought. Throughout the course of the work, references from legal literature will be analyzed to demonstrate the lack of legal support for the so-called "right to lie," showing that the assertion of such pseudo- right stems from a mistaken conception of the constitutional guarantee against self- incrimination. Finally, the study will delve into the repercussions of lying on the sentencing, in the context of the judicial circumstance of personality, revisiting judicial decisions on the subject.

Keywords:Criminal Procedure; Falsehood; Self-defense; penalty dosimetry; personality**.**

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO 266

2 - RELEVÂNCIA DA DICOTOMIA VERDADE E MENTIRA NO PROCESSO PENAL 266

3 - A VERDADE ENQUANTO INSTRUMENTO DE ROTEÇÃO AO ACUSADO, VÍTIMA E SOCIEDADE 268

4 - O PSEUDODIREITO DE MENTIR DO ACUSADO COMO DECORRÊNCIA DA GARANTIA DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO 269

5 - A MENTIRA E A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA PERSONALIDADE 271

6 - ANÁLISE JURISPRUDENCIAL 275

7 - CONCLUSÃO 276

REFERÊNCIAS 277

1 - INTRODUÇÃO

Os aplicadores do direito se depararam, recorrentemente, com narrativas mentirosas, e muitas vezes teratológicas, utilizadas pelos réus enquanto instrumento de autodefesa no interrogatório judicial.

Não obstante tal postura afrontar a lealdade e ética processuais, a mentira raramente se traduz em consequências jurídicas, sendo majoritário o entendimento na literatura jurídica de que é assegurado ao réu o direito de mentir.

Tal entendimento é assentado na amplitude de defesa, sustentando-se que o direito à mentira, apesar de não expressamente previsto em lei, seria um desdobramento da garantia da não autoincriminação e do direito ao silêncio.

O presente estudo busca desconstruir esta conclusão e demonstrar que o direito ao silencio não autoriza a mentira. O acusado tem o direito de silenciar-se em seu interrogatório e daí não advirá consequência alguma. Por outro lado, se mostra indevido o alargamento de tal garantia para autorizar o réu a falsear a verdade ou mutilá-la.

A leniência com a deslealdade processual acaba por incentivar comportamentos que prejudicam a verdade e a própria legitimidade do Judiciário. Afinal, se a mentira não acarreta qualquer prejuízo, podendo, inclusive, livrar o réu de uma condenação justa, por que confessar um crime ou mesmo ficar em silêncio?

A toda evidência, a carência de freios à mentira estimula a nefasta prática, incentivando o acusado a subverter a verdade a fim de afastar ou pelo menos minimizar sua responsabilidade criminal.

Assim, o presente estudo se mostra importante para analisar e compreender os limites à garantia da não autoincriminação, bem como as consequências jurídicas de eventual subversão da verdade.

2 - RELEVÂNCIA DA DICOTOMIA VERDADE E MENTIRA NO PROCESSO PENAL

A dualidade entre verdade e mentira é tema que desafia diversas áreas do pensamento.

A toda evidência, a prospecção da verdade é objeto de enfrentamento por diversas áreas do conhecimento, recebendo enfoque filosófico, teológico, ético e moral.

O principal foco da reflexão filosófica sobre a mentira é que ela é sempre condenável do ponto de vista ético. A propósito, Santo Agostinho e Kant comungam do pensamento de que a mentira, independente de qual seja, é inadmissível porque torna o homem indigno (MOBBS, s.d.).

O processo penal também enfrenta a problemática da verdade, ao passo que se trata de instrumento através do qual se busca a reconstrução de um fato pretérito. Ao se propor a reconstruir um fato típico ocorrido no passado, busca-se, através das provas produzidas no processo, um conhecimento seguro sobre tal evento pretérito.

Os processualistas penais tradicionalmente dividem-se quanto às concepções de verdade, havendo, de um lado, aqueles que afirmam a existência de uma verdade formal e, de outro, aqueles que defendem a existência de uma verdade real.

A verdade real, também denominada material, reivindica a correspondência com o mundo dos fatos. É a verdade substantiva, a reconstrução dos fatos exatamente como se deram.

Fernando Capez (2012, p. 400) ensina que o princípio da verdade real é um dos princípios informadores do processo penal, tendo o juiz o dever de investigar os fatos buscando reconstruir a dinâmica pretérita tal como ocorreu.

Por outro lado, uma segunda corrente relativiza essa busca, partindo-se do pressuposto de que a verdade não pode ser integralmente atingida pelo magistrado.

Expoente desse pensamento, Aury Lopes Junior (2020, p. 389) defende que tal verdade material seria um mito. Isso porque, o processo esbarra na falibilidade do conhecimento humano na reconstituição dos fatos, que inviabilizaria o alcance da verdade real. Segundo o autor, o juiz formará seu convencimento construindo a "sua" história do delito com base nos significados da norma e elegendo as versões entre os elementos fáticos demonstrados. Dessa forma, a reconstrução dos fatos pelo processo pode ou não coincidir com a verdade, que é contingencial, e não estruturante.

O citado autor traz críticas ao chamado mito da verdade real e às consequências da busca por este ideal, que legitimariam um processo inquisitivo:

> O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o "interesse público" (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma "verdade" a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor). O maior inconveniente da verdade real foi ter criado uma "cultura inquisitiva" que acabou se disseminando por todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. A partir dela, as práticas probatórias mais diversas estão autorizadas pela nobreza de seus propósitos: a verdade. Noutra dimensão, devemos sublinhar – na esteira de FERRAJOLI 362 – que a verdade substancial, ao ser perseguida fora das regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera o juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognoscitivismo ético sobre o qual se embasa o substancialismo penal, e resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal. Dessarte, há que se "des-cobrir" a origem e a finalidade do mito da verdade real: nasce na inquisição e, a partir daí, é usada para justificar os atos abusivos do Estado, na mesma lógica de que "os fins justificam os meios". Assim, no processo penal, só se legitimaria a verdade formal ou processual. Trata-se de uma verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação e que só pode ser alcançada mediante o respeito das regras precisas e relativas aos fatos e circunstâncias considerados como penalmente relevantes. Como explica FERRAJOLI 363 , a verdade processual não pretende ser a verdade. Não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto processual, mas sim condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e garantias da defesa. A verdade formal é mais controlada quanto ao método de aquisição e mais reduzida quanto ao conteúdo informativo que qualquer hipotética verdade substancial. (LOPES JR., 2020, p. 389).

No mesmo sentido, Tourinho Filho (2005, p. 226) assevera que atualmente é preferível o termo "verdade processual" em substituição a "verdade real", sendo relevante afirmar que sua busca não é um valor absoluto, pois ela está limitada por valores éticos e jurídicos do Estado de Direito, que formam uma espécie de barreira intransponível que prejudica a fiel e integral reconstrução dos fatos.

Desta forma, a verdade formal surge em contraposição à verdade material, como aquela que emerge dos autos, consoante as provas e argumentos trazidos pelas partes, e encontra a sua melhor expressão no brocado latino "*quod non est in actis non est in mundo*" ("o que não está nos autos não está no mundo").

Qualquer que seja a corrente de pensamento, é certo que a busca pela verdade é a tônica do processo penal, havendo uma relação indissociável entre a verdade e o ideal de justiça.

Para além de paradigma norteador da consecução de justiça, a ideia da verdade é expressamente prevista em diversos dispositivos legais pátrios.

Com efeito, a primeira pergunta do interrogatório é, justamente, se a acusação é *verdadeira (*CPP, art. 187, § 2º, inc. I).

O art. 77 do CPC, aplicável ao processo penal nos termos do art. 3º do CPP, aduz que são deveres das partes "expor os fatos em juízo conforme a *verdade".* Também há referência à verdade no art. 184 do CPP, que prevê a possibilidade de negar perícia requerida pelas partes, "quando não for necessária ao esclarecimento da *verdade".* O art. 203 do CPP, por sua vez, prevê o compromisso assumido pela testemunha de *dizer a verdade*. O art. 217 do CPP também contempla o tema, havendo previsão de que "se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique *a verdade do depoimento*, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade de dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor." No mesmo sentido, cabe ao Juiz Presidente do Tribunal do Juri, nos termos do art. 497, XI do CPP, "determinar, de ofício ou a requerimento das partes ou de qualquer jurado, as diligências destinadas a sanar nulidade ou a suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade".

Outra expressão da relevância jurídica da verdade no direito penal está no reconhecimento da minoração da pena pela confissão, atribuindo-se relevância jurídica à expressão da verdade na dosimetria da pena, conforme previsto no art. 65, II, d, do Código Penal.

Há diversos outros dispositivos legais que atribuem efeito normativo à verdade, dentre os quais cita-se, a título ilustrativo, o art. 8º, parágrafo úni-

co, da Lei 8.072/1990 e 41 da Lei n. 11.343/2006, que preveem a delação e a colaboração premiada, instrumentos de política criminal que incentivam a verdade premiando o colaborador/delator com a redução da pena.

Não há dúvidas, assim, de que a verdade é objeto de tutela pelo ordenamento jurídico, sendo tanto um valor indissociável à busca pela justiça, como referencial expressamente contemplado em diversos dispositivos processuais penais da legislação brasileira.

3 - A VERDADE ENQUANTO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO ACUSADO, VÍTIMA E SOCIEDADE

Tradicionalmente, os estudiosos que se debruçam na análise do tema verdade e mentira no processo penal, o fazem sob a perspectiva do acusado. Há o enfoque, em regra, sob as garantias individuais de não autoincriminação e sob os limites do Estado na produção probatória nesta busca pela verdade.

Não obstante, o interesse na perquirição da verdade não se presta apenas à proteção do réu, mas também à tutela de toda a sociedade e em especial das vítimas diretas do crime, que têm direito a uma tutela judicial justa.

O processo penal é essencialmente dual e tanto os réus como as vítimas são sujeitos de direitos. A toda evidência, a mendicidade do réu ofende direitos de terceiros e prejudica a administração da justiça. Assim, se mostra importante a compreensão do tema também sob o prisma da vítima e da coletividade.

Com efeito, sendo a verdade indissociável do conceito de justiça, o conhecimento da verdade pela vítima permite o resgate do *status quo* violado e se mostra essencial à reparação do crime.

De igual sorte, através da mentira, o acusado prejudica a administração da justiça e a busca pela verdade processual, abalando a credibilidade do Poder Judiciário, razão pela qual não se pode olvidar de considerar os impactos de tal postura sob o prisma da coletividade.

Oportuno, neste ponto, transcrever os ensinamentos de Vladimir Aras:

> Saber a verdade pode ser um bálsamo para as vítimas de crimes em geral, especialmente daqueles praticados mediante violência. A verdade é sempre um lenitivo, e sua tutela pelo Estado, em prol da sociedade e dos cidadãos atingidos pelo delito, nada tem de totalitária. (...) A administração da justiça não pode ficar à mercê dos jogos verbais e da inventividade do acusado, sob pena de ver-se desmoralizada, desprestigiada e ridicularizada. Mais grave do que a exposição do Judiciário ao ridículo pela aceitação de uma versão fantasiosa são as consequências de uma decisão fundada em mentiras, engodos e falsidades. Perde a sociedade a confiança no sistema judicial e perdem as vítimas o direito à reparação pelo crime, o direito à verdade, o direito à justiça. (2015, p. 249)

Inegável, assim, que a busca da verdade não interessa só ao acusado, mas também à vítima e à toda a sociedade.

O entendimento ora defendido encontra amparo no âmbito da chamada teoria do garantismo penal integral, que tem como expoente Douglas Fisher e que crítica o desvirtuamento na aplicação da teoria garantista penal, desenvolvida por Ferrajoli na obra *Diritto i Ragione.* A propósito:

> Precisamos ser sinceros e incisivos (sem qualquer demérito a quem pensa em contrário): têm-se encontrado muitas e reiteradas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais com simples referência aos ditames do "garantismo penal", sem que se compreenda, na essência, qual a extensão e os critérios de sua aplicação. Em muitas situações, ainda, há distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli (quiçá pela compreensão não integral dos seus postulados). Daí que falamos que se tem difundido um garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico, evidenciando-se de forma isolada a necessidade de proteção apenas dos direitos dos cidadãos que se vêem processados ou condenados. Relembremos: da leitura que fizemos, a grande razão histórica para o surgimento do pensamento garantista (que aplaudimos e concordamos, insista-se) decorreu de se estar diante de um Estado em que os direitos fundamentais não eram minimamente respeitados, especialmente diante do fato do sistema totalitário vigente na época. (FISCHER, 2009).

Nesse viés, conclui o autor que o processo penal não se esgota numa visão de coibir excessos estatais e, além de tutelar direitos individuais dos acusados, deve também proteger todos os valores que a Constituição elege.

Com efeito, a defesa aos direitos fundamentais não contempla apenas uma proibição de excesso, mas também uma vedação a uma proteção insuficiente pelo Poder Público.

Mostra-se necessário assegurar a correta aplicação da proteção de todos os bens jurídicos, garantindo, por um lado, os direitos individuais do acusado, não se permitindo violações arbitrárias ou desproporcionais e, por outro, a tutela de outros bens jurídicos importantes para a sociedade, na qual se inserem as vítimas diretas e indiretas do crime.

Busca-se reanimar o papel da vítima no processo penal, conferindo-lhe a possibilidade de ocupar verdadeiramente um papel de sujeito de direitos no processo penal, já que na aplicação e interpretação dos direitos fundamentais não se pode esquecer da garantia de eficiência e segurança do cidadão.

O resgate da vítima no processo deve partir necessariamente do princípio da dignidade da pessoa humana que, inicialmente invocado em favor do acusado, também precisa servir de vetor para o aperfeiçoamento de uma maior proteção da vítima, visando a uma maior humanização do processo penal.

Assim, se por um lado a mentira para condenar é abjeta, igualmente reprovável é o emprego do artifício da mentira visando a absolvição, por contrariar a consecução da Justiça, os interesses da vítima e o direito difuso da sociedade a uma prestação jurisdicional justa.

Dessa forma, ao debruçarmos o tema, é importante não se esquecer dos seus impactos sob a vítima e a sociedade, já que, conforme demonstrado, a busca da verdade não interessa só ao acusado.

4 - O PSEUDODIREITO DE MENTIR DO ACUSADO COMO DECORRÊNCIA DA GARANTIA DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

São vários os estudiosos que afirmam, categoricamente, que o réu tem direito de mentir em seu interrogatório judicial.

A literatura jurídica tradicionalmente sustentou haver amparo legal para a mentira do réu, enquanto desdobramento da garantia da não autoincriminação e do direito ao silêncio, previstos no art. 5º, LXII da CF e art. 198 do CPP. A propósito, é o que leciona Nucci (2014, p. 450):

> Sustentamos ter o réu o direito de mentir em seu interrogatório de mérito. Em primeiro lugar, porque ninguém é obrigado a se autoacusar. Se assim é, para evitar a admissão de culpa, há de afirmar o réu algo que saber ser contrário à verdade. Em segundo lugar, o direito constitucional à ampla defesa não poderia excluir a possibilidade de narrar inverdades, no intuito cristalino de fugir à incriminação. Aliás, o que não é vedado pelo ordenamento jurídico é permitido. E se é permitido, torna-se direito [...]. No campo processual penal, quando o réu, para se defender, narra mentiras ao magistrado, sem incriminar ninguém, constitui seu direito de refutar a imputação. O contrário da mentira é a verdade. Por óbvio, o acusado está protegido pelo princípio de que não é obrigado a se autoincriminar, razão pela qual pode declarar o que bem entender ao juiz. É, pois, um direito.

Esse mesmo entendimento é perfilhado por Magalhães Noronha (1995, p. 108):

> "o acusado pode mentir e negar a verdade, pois não é obrigado a depor contra si. Mesmo mentindo, o juiz criminal, conhecedor do processo e com a experiência que tem, poderá encontrar em suas negativas e atitudes, elementos de convicção. Aliás, negando a imputação, será ele convidado a indicar as provas da verdade de suas declarações".

Assim, essa corrente doutrinária sustenta que apesar de inexistir previsão legal expressa autorizando o réu a mentir, haveria amparo para tanto, ainda que implicitamente, já que o acusado não é obrigado a autoincriminar-se.

Nesta esteira, há diversos julgados dos tribunais superiores pátrios sustentando a existência do direito de mentir pelo acusado, o qual estaria albergado pela garantia da não autoincriminação e pelo direito ao silêncio.

A propósito, o ministro Ilmar Galvão, no julgamento do HC 68.742/DF, afirma que o Direito autoriza ao acusado negar, ainda que falsamente, a prática da infração penal:

> o privilégio contra a autoincriminação traduz direito público subjetivo, de estatura constitucional, deferido e expressamente assegurado, em favor de qualquer indiciado ou imputado, pelo art. 5º, inciso LXIII, da nossa Carta Política.
>
> Com o seu expresso reconhecimento, constitucionalizou-se uma das mais expressivas consequências derivadas da cláusula do 'due processo of law'. Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as

> várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de 'permanecer calado'.
>
> Esse direito – que se reveste de valor absoluto – é plenamente oponível ao Estado e aos seus agentes. Atua como poderoso fator de limitação das próprias atividades penais-persecutórias desenvolvidas pelo Poder Público (Polícia Judiciária, Ministério Público, Juízes e Tribunais).
>
> A cláusula constitucional referida consagrou, nesse contexto, o velho postulado – já colhido pela Quinta Emenda do Bill Of Rights norte-americano (1791) – segundo o qual 'Nemo tenetur se detegere'.
>
> Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. 'The right to remain silent' - consoante proclamou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América em MIRANDA V. ARIZONA (384 U. S. 436) – insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito ao silêncio inclui-se, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática do ilícito penal. Sendo assim, tal circunstância não pode ser considerada por qualquer Juízo ou Tribunal até mesmo por esta Suprema Corte – no processo de fixação de pena. (BRASIL, 1993).

Entendemos haver um equívoco no posicionamento em questão, confundindo-se o direito de não dizer a verdade, que equivale ao silêncio, com o direito de mentir. Ademais, trata-se de raciocínio simplista, que retira qualquer limite à autodefesa, entendida como sendo irrestrita e absoluta.

Para compreender as inconsistências de tal corrente de pensamento, é importante nos debruçarmos sobre o estudo do instituto da garantia da não autoincriminação, *nemo tenetur se detegere*, para compreender o paradigma de sua concepção.

O *nemo tenetur se detegere*, que pode ser traduzido como "ninguém é obrigado a se descobrir", é um aforismo nascido no pós-iluminismo, emblemático de uma era de transformação na teoria do processo, já no século XIX. O réu, anteriormente tratado como objeto do processo, conquista a posição de parte, sujeito, então, de direitos subjetivos.

Tido anteriormente como meio de prova, o réu se via obrigado a cooperar com a investigação e sua própria condenação, autorizando-se até mesmo a tortura como meio de se obter a confissão.

Dentro desse contexto de necessidade de proteção do indivíduo contra os excessos e abusos do Estado, o princípio da não autoincriminação foi inserido como direito fundamental com escopo de obstar a prática de violências físicas e morais empregadas para compelir o indivíduo a cooperar com a investigação e com o processo.

Assim, a garantia do *nemo tenetur se detegere,* teleologicamente, objetiva proteger o acusado contra eventuais excessos cometidos pelo Estado na persecução penal, garantindo ao réu abster-se de produzir prova contra si mesmo, notadamente através do silêncio.

O direito ao silêncio, portanto, é uma das manifestações mais importantes do aludido princípio do *nemo tenetur se deterege*, na medida em que representa um limite ao órgão julgador. Veda-se que o Estado se valha do silêncio ou da negativa de respostas como critério de convencimento e, por outro lado, garante ao réu a possibilidade de adoção de uma postura negativa, de se abster da produção de prova contra a si mesmo.

Trata-se, a toda evidência, sob a perspectiva do acusado, de uma garantia de natureza passiva, de abstenção, de caráter essencialmente negativo, no sentido de não participar da produção de prova que possa incriminá-lo.

Entendido o paradigma da criação da garantia constitucional em questão, é possível compreender que o direito ao silêncio não abarca o direito à mentira. A toda evidência, a mentira se traduz em postura ativa e em nada se encaixa nas razões históricas de ser do direito fundamental da não autoincriminação.

É preciso distinguir o direito de não dizer a verdade, que equivale ao silencio e tem natureza passiva, do direito de mentir, que representa conduta ativa.

Existe o direito constitucional de silenciar-se, de não colaborar com a justiça, de caráter essencialmente negativo, conforme demonstrado, que se coaduna com a teleologia da garantia constitucional em análise. Mas daí não se extrai o direito de mentir, que se trata uma ação e que, antagonicamente ao silêncio, pressupõe caráter ativo.

O réu pode simplesmente silenciar-se, exercendo o seu direito constitucional de nada aduzir sobre o mérito da pretensão acusatória. Se, entretanto, por outro lado, decide abdicar de tal proteção constitucional e adota postura ativa, optando

a dar a sua versão dos fatos, não há como buscar apoio na garantia da não autoincriminação.

Se é verdade que o silêncio não pode ser considerado, pois dele nada se pode extrair – por determinação constitucional, inclusive – a eloquência e o deliberado desvirtuamento dos fatos, quando ardilosamente utilizados, não só podem como devem ser considerados.

A toda evidência, os pensadores que afirmam que o direito de mentir decorre do direito ao silencio, desvirtuam a garantia à não autoincriminação, essencialmente de índole passiva, elastecendo o seu conceito para a ela atribuir caráter ativo e autorizar, para além do silêncio, que o acusado falseie a verdade.

O ordenamento jurídico não obriga o réu a dizer a verdade, garantindo-lhe para isso, o silêncio. Não, há, por outro lado, autorização para que minta. Neste aspecto, elucidador é o ensinamento de Valdimir Aras sobre o tema (2015, p. 264). Ao debruçar-se sobre o julgamento do REsp 54.781 pelo STJ, o jurista demonstra o equívoco decorrente da falsa premissa de que a mentira decorre da garantia de não autoincriminação:

> O STJ foi mais além e expressou o direito à mentira: "Cumpre evitar a surpresa. O réu poderá, sem qualquer censura, dar a versão que lhe pareça melhor, bem tem direito à mentira porque não é obrigado a auto acusar-se (...)" Esta decisão baseia-se numa falsa premissa, a de que a mentira faz parte da garantia contra a autoincriminação. Funda-se também numa falácia lógica, a de que, por não ser obrigado a autoacusar-se, o réu pode mentir. Disso não se trata. O acusado tem sempre a opção constitucionalmente assegura e moralmente legítima de silenciar. A mentira em juízo é uma conduta nem necessária e nem aceitável, pois, como visto linhas assina, a mentira sempre causa lesão a terceiros. (ARAS, 2015, p. 264).

A toda evidência, a mentira jamais poderá ser entendida como direito ínsito, devendo ser interpretada como subterfúgio repudiável ao exercício da atividade investigativa e judicante.

A garantia da não autoincriminação, enquanto exercício de autodefesa, não é absoluta e não autoriza ao réu atrapalhar a produção de prova, falseá-la ou de desviar os esforços do Estado na persecução da justiça. Neste sentido, são as considerações de Marcus Renan Palácio de Morais Claro dos Santos:

> [...] A ampla defesa não vai ao ponto de permitir ao réu que minta. Nenhuma interpretação que se dê a esse princípio pode conferir ao réu o direito de enganar, ludibriar, falsear a verdade, com apoio muitas vezes em ideias mirabolantes ou em situações impossíveis, justamente porque a verdade é um bem juridicamente relevante e porque a mentira pode prejudicar terceiros. Contudo, parece-me haver uma sutil, mas importante, diferença entre o direito de não dizer a verdade, que equivale ao direito de silenciar, e o direito de mentir, que corresponderia a uma faculdade de enganar. Trata-se da constatação de que do silêncio, que é um direito do réu, jamais resultará dano a outrem, enquanto a mentira pode ser um crime, pode ser elemento normativo de crime ou, ainda, um ilícito civil [...] (SANTOS, 2021, p. 123-141).

No dilema entre mentir ou confessar, ao réu criminal basta exercer o direito ao silêncio. Nenhum prejuízo advirá se o acusado simplesmente calar-se. É a lei. Por outro lado, se optar por mentir, para deliberadamente ludibriar o julgador, impõe-se a repreensão, não podendo a justiça ser conivente com tal postura perniciosa, porquanto dela advém consequências nefastas para terceiros e para a sociedade.

A tolerância do Poder Judiciário, nestes casos, abala a credibilidade do sistema judicial e fere o direito das vítimas a um julgamento justo.

5 - A MENTIRA E A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA PERSONALIDADE

A teor do disposto no 59 do CPP, o Juiz, ao aplicar a pena ao réu, deve se ater, na primeira fase de fixação da reprimenda, às circunstâncias judiciais previstas em lei:

> Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. (BRASIL, 1941).

Trata-se de parâmetros normativos que orientam o magistrado no dimensionamento da pena-base, atendendo ao princípio constitucional de individualização da pena, previsto no art. 5°, XLIV da CF.

Dentre as oito circunstâncias judiciais previstas em lei, merece análise no presente trabalho a circunstância da personalidade.

De acordo com o Dicionário Aurélio, o conceito de personalidade remonta ao caráter, à qualidade daquilo que é pessoal. É o elemento estável da conduta de uma pessoa, sua maneira habitual de ser. Trata-se de circunstância vinculada às qualidades morais, ao caráter, à índole do sujeito, extraída de sua forma habitual de ser, agir e reagir.

Sobre o conceito jurídico da circunstância judicial da personalidade, leciona Cesar Roberto Bitencourt:

> Deve ser entendida como síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Na análise da personalidade deve-se verificar a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu. (2015, p. 299).

Tratando-se de tema afeto à ceara biopsicossocial, há estudiosos que defendem ser indevido ao magistrado a aferição da personalidade do réu no momento de individualização da pena, uma vez que a análise demandaria conhecimento técnico restrito a profissionais da psicologia e psiquiatria.

Sucintamente, Juliana de Andrade Colle enumera quatro motivos para o afastamento da análise da personalidade pelo Judiciário:

> Primeiro, porque ele não tem um preparo técnico em caráter institucional. As noções sobre psicologia e psiquiatria adquire como autodidata. Segundo, porque não dispõe de tempo para se dedicar a tão profundo estudo...Terceiro, porque não vige no processo penal a identidade física, muitas vezes a sentença é dada sem ter o juiz qualquer contato com o réu. Quarto, porque em razão das deficiências materiais do Poder Judiciário e da polícia, o processo nunca vem suficientemente instruído de modo a permitir uma rigorosa análise da personalidade. (COLLE, 2005, s. p.).

Prevalece, entretanto, a corrente doutrinária que sustenta o entendimento de que a análise da personalidade prescinde de laudo técnico de profissional da área de saúde mental. A este respeito, Guilherme de Souza Nucci assim se posiciona:

> O juiz não precisa ser um técnico para avaliar a personalidade, bastando o seu natural bom senso, utilizado, inclusive e sempre, para descobrir a própria culpa do réu. Inexiste julgamento perfeito, infalível, pois sempre se trata de simples justiça dos seres humanos, de modo que o critério para analisar o modo de ser e agir de alguém constitui parte das provas indispensáveis que o magistrado deve recolher. (NUCCI, 2005, p. 207).

Com efeito, o próprio nome atribuído ao instituto -circunstância judicial-, evidencia que o destinatário da norma contida no art. 59 do CPP é o Juiz e não profissional da área da saúde, cabendo ao magistrado, por conseguinte, a análise do perfil do acusado com fulcro nos elementos probatórios concretos dos autos, aptos a impactar na personalidade, tida na acepção leiga do termo.

A personalidade do agente é, sim, parâmetro para a escorreita fixação da pena-base, devendo ser analisada pelo juízo a partir de elementos de prova constantes nos autos, dentro do livre convencimento motivado.

Assim, na análise da circunstância judicial da personalidade, cabe ao juiz analisar os traços do agente que revelem possível desvio ou retidão de caráter, sua sensibilidade ético-social, a sua visão do evento criminoso, os seus limites éticos, sua empatia em relação à vítima, dentre outras manifestações da sua psique.

A personalidade é comumente entendida como indicativa do caráter, valores morais externalizados pelo indivíduo na sua atuação social e principalmente durante a prática criminosa. Nesse sentido, Nucci (2007, p. 187-188) exemplifica os aspectos positivos e negativos aptos a refletir na personalidade do réu:

> a) aspectos positivos: bondade, alegria, persistência, responsabilidade nos afazeres, franqueza honestidade, coragem, calma, paciência, amabilidade, maturidade, sensibilidade, bom-humor, compreensão, simpatia; tolerância, especialmente à liberdade de ação, expressão e opinião alheias; b) aspectos negativos: agressividade, preguiça, frieza emocional, insensibilidade acentuada, emotividade desequilibrada, passionalidade exacerbada, maldade, irresponsabilidade no cumprimento das obrigações, ambição desenfreada, insinceridade, desonestidade, covardia, hostilidade no trato, individualismo exagerado, intolerância, xenofobia, racismo, homofobia, perversidade, que se revelam na prática delitiva.

É importante salientar que além de constar no rol de circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, a personalidade do réu também é valorada na segunda fase da dosimetria da pena, enquanto agravante e atenuante prevista expressamente no art. 67 do Código Penal:

> Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar- se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se

> como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, *da personalidade do agente* e da reincidência. (grifo nosso)

Tecidas estas considerações introdutórias acerca da personalidade enquanto parâmetro para a dosimetria da pena, impõe-se a análise da sua conexão com o tema proposto.

Segundo entendimento consagrado pelos tribunais pátrios, a confissão do acusado demonstra responsabilidade, boa-fé, exteriorizando aspecto positivo da personalidade do réu.

Precedentes dos Tribunais Superiores reconheceram que a ampla confissão dos fatos traduz um comportamento elogiável do agente, cuja lealdade processual e boa-fé demonstram traços de sua personalidade, a ser valorada como circunstância judicial favorável.

A propósito, o ilustre Ministro AYRES BRITTO, na ocasião do voto condutor proferido nos autos do HC nº 101.909/MG (BRASIL, 2012), conclui que a confissão espontânea do agente, por estar intimamente ligada a um aspecto positivo de sua personalidade, se mostra de tamanha forma relevante, que deveria prevalecer até mesmo sobre a reincidência.

No referido voto, o Ministro destaca que a confissão espontânea seria indicativa de traço louvável da personalidade do agente e, por isso, faz-se mister reputá-la circunstância preponderante sobre a reincidência, com fulcro no artigo 67 do Código Penal. Isso porque, consoante a teia de argumentação lavrada no julgado, o réu confesso assumiria uma postura sobremodo incomum, afastando-se do próprio instinto do autoacobertamento individual para colaborar com a elucidação dos fatos. Assim, a confissão espontânea indicaria lado admirável da personalidade do agente, sendo, portanto, englobada pela letra do artigo 67 do Código Penal. A propósito, oportuno transcrever excerto do referido julgado:

> (...) 4. Nessa ampla moldura, a assunção da responsabilidade pelo fato-crime, por aquele que tem a seu favor o direito a não se autoincriminar, revela a consciência do descumprimento de uma norma social (e de suas consequências), não podendo, portanto, ser dissociada da noção de personalidade.
>
> 5. No caso concreto, a leitura da sentença penal condenatória revela que a confissão do paciente, em conjunto com as provas apuradas sob o contraditório, embasou o juízo condenatório. Mais do que isso: as palavras dos acusados (entre eles o ora paciente) foram usadas pelo magistrado sentenciante para rechaçar a tese defensiva de delito meramente tentado. É dizer: a confissão do paciente contribuiu efetivamente para sua condenação e afastou as chances de reconhecimento da tese alinhavada pela própria defesa técnica (tese de não consumação do crime). O que reforça a necessidade de desembaraçar o usufruto máximo à sanção premial da atenuante. Assumindo para com ele, paciente, uma postura de lealdade (esse vívido conteúdo do princípio que, na cabeça do art. 37 da Constituição, toma o explícito nome de moralidade).
>
> 6. Ordem concedida para reconhecer o caráter preponderante da confissão espontânea e determinar ao Juízo Processante que redimensione a pena imposta ao paciente. (BRASIL, 2012).

A partir desta premissa, os Tribunais Superiores vêm reconhecendo a confissão espontânea do agente como indicativo elogiável de sua personalidade, com reflexos positivos na individualização da pena.

Ora, se por um lado a confissão denota aspecto positivo da personalidade do agente, o inverso também tem que ser observado.

Sendo a confissão entendida como postura de lealdade do réu, apta a diminuir sua reprimenda, porquanto atrelada a condições favoráveis de sua personalidade, evidente que a conduta diametralmente oposta, a mentira, deve ser tida como atributo negativo da personalidade, devendo provocar o efeito inverso, ou seja, o agravamento da pena provisória.

Nesta mesma exegese, ao mentir seu interrogatório, o acusado demonstra má-fé, objetivo de enganar o juízo e induzi-lo a erro, pelo que se concluir haver amparo para reconhecimento de tal postura como aspecto negativo da personalidade, a ser reconhecida negativamente na primeira fase de dosimetria da pena.

Tanto a deslealdade, traduzida na mentira, quanto a lealdade, traduzida pela confissão, são vetores a moldar a pena justa, pois ambos dizem respeito à personalidade refletida do agente.

Com efeito, a conduta do réu repleta de falsidade e embuste deixa escancarada sua personalidade desvirtuada, de caráter corrompido, particularidades que, em homenagem ao princípio da individualização da pena (CF, artigo 5º, XLVI), deverão ser sopesadas na dosimetria.

Na mesma esteira das conclusões aqui defendidas, Andrey Borges de Mendonça sustenta que a mentira deve ser considerada negativamente na primeira fase da dosimetria da pena, não sendo aceitável ao Estado a leniência com tal postura reprovável, atentatória à boa-fé processual. A propósito:

> Parece-nos, assim, que se o juiz constatar que o réu mentiu, poderá considerar tal circunstância no momento da pena. Não é que se esteja estimulando a confessar – até porque para isto já há uma circunstância atenuante genérica –, mas apenas negando que ao juiz e ao Poder Judiciário possa se admitir que o réu venha em juízo e, perante um agente do Estado, possa mentir livremente, como se isto fosse algo normal e aceitável, como se entende atualmente". Ora, como a mentira tem por escopo iludir os jurados, ludibriar o "ex adverso", enganar a coletividade e provocar um erro judiciário, tal circunstância negativa sobre a personalidade do acusado será sopesada pelo juiz-presidente na fixação da pena, nos termos do art. 59 do CP. A mentira jamais poderá ser interpretada como direito ínsito, mas como subterfúgio repudiável ao exercício da atividade investigativa e judicante. Parafraseando Pedro Reis (Dever de verdade – Direito de mentir. História do pensamento jurídico. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa. Coimbra Editora. p. 457 e 462, respectivamente), "é de ter-se sempre em conta que onde o silêncio for útil, não se justifica a mentira", pelo que "do direito de calar não decorre um direito de falsear uma declaração". Para Antônio Pedro Barbas Homem (O que é direito?, Lisboa. Principia Editora, Reimpressão, 2007, p. 66), a "verdade brilha e guia a nossa liberdade e a nossa vontade", ao passo que a mentira, ao contrário, "conduz à escuridão e ao vazio". Não se exige o heroísmo do acusado de dizer a verdade autoincriminadora, ou seja, o comportamento de dizer a verdade não é imposto, mas isso não quer dizer que exista o direito de mentir. De acordo com Theodomiro Dias Neto (O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 19, São Paulo: RT, 1997, p. 187" ("Apud" ThiagoBottino. O direito ao silêncio na jurisprudência do STF. São Paulo: Campus Jurídico, 2008, p. 73), a jurisprudência alemã tem, contrariamente da doutrina, "assumido posição diversa, no que se refere à pena, ao interpretar a mentira como indício da personalidade do acusado". Diga-se, por fim, que ao lado dos direitos fundamentais existe uma segunda dimensão, representada pelos deveres fundamentais, isto é, o dever do homem de respeitar determinados valores relevantes para a vida em comunidade, de tal modo que os direitos devem ser os canais institucionais que permitam a realização dos deveres. (MENDONÇA, 2011, p. 194).

Conclui-se, assim, que o réu tem três caminhos a trilhar no exercício da autodefesa. Pode ele silenciar-se e daí não se extrai qualquer prejuízo. Pode também confessar o crime contribuindo para a busca da verdade e persecução da justiça, fato que acarretará uma redução da pena, por força da aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, do CP. Se o acusado, entretanto, optar por trilhar o terceiro caminho para dar a sua versão dos fatos, deverá orientar-se pela lealdade processual, se abstendo de práticas condenáveis de desvirtuamento da verdade. Do contrário, caso opte pela mentira, deve sua pena base ser majorada, com fundamento em sua personalidade negativa. Oportuno neste ponto, transcrever a lição de Vladmir Aras:

> A ampla defesa compreende as possibilidades de falar toda a verdade, contar parte dela ou calar, mas jamais a intenção de enganar ou lesar a outrem. O processo penal deve ser democrático (princípio da ampla defesa, do devido processo legal, da presença de inocência, etc), mas também ético (princípio da lealdade, da probidade processual e da responsabilidade subjetiva).
>
> Nesse quadro integralmente garantista, a equação mais equânime é a seguinte: com o silêncio, nenhuma consequência adversa pode advir para o réu; com a verdade, o agente condenado pode ter sua pena atenuada ou reduzida ou aferir outros benefícios previstos em lei. No entanto, como, com a mentira judicial, o agente prejudica a administração da justiça e a busca pela verdade processual e ofende direitos de terceiros (vítimas), a revelação dessa personalidade antiética ou de sua conduta social inadequada em Juízo pode levar à fixação de sua pena em patamar acima do mínimo legal, com base nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP.
>
> Enfim, no processo, a mentira juridicamente relevante é intolerável. Como cantou Nelson Rosa, "mentira não é crime", mas não se pode dar razão ao infame Propagandachef Goebbels: "Uma mentira muitas vezes repetida torna-se verdade". Essa inglória e triste máxima não deve ter lugar no processo penal e seguramente não é nesse tipo de valor que se sustenta um Estado Democrático de Direito.
>
> (...)
>
> Se o réu não está obrigado a falar, está claro que não necessita mentir. A mentira será, portanto, um elemento indicativo de sua personalidade, que poderá ser negativamente avaliada pelo julgador, na medida em que a mentira tem por objetivo provocar um erro judiciário, iludir o juiz, ludibriar a parte adversa, enganar a coletividade, atrapalhar a justa prestação jurisdicional, prejudicar as vítimas ou

> terceiros. Sendo assim, é inevitável concluir que a mentira, quando juridicamente relevante, pode ser levada em conta pelo juiz, com base no princípio da livre convicção como indício negativa da personalidade do réu ou de sua conduta social, para os fins do art. 59 do Código Penal, na fixação da pena-base do culpado. Nessa linha, Theodomiro Dias Neto informa que os tribunais alemães têm a compreensão de que a mentira pode ser considerada para avaliar a personalidade do acusado, servindo de suporte para o aumento de pena: Roxin, em sintonia com a posição majoritária da doutrina, entende que a mentira não pode ser avaliada como indício de autoria e culpa e tampouco como critério para aumento de pena [...] A jurisprudência tem, entretanto, assumido posição diversa, no que se refere à pena, ao interpretar a mentira como indício da personalidade do acusado. (ARAS, 2015, p.268).

A mendicidade atenta contra a boa-fé processual e traz descrédito à Justiça. Como se não bastasse, a ausência de punição ao acusado mentiroso viola o princípio da individualização da pena, pois equipara equivocadamente a situação do réu que fica em silêncio em seu interrogatório, com a do que mente descaradamente, com o único propósito de induzir o juiz a erro, minando, assim, a credibilidade do Judiciário perante a sociedade.

6 - ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Ainda são tímidas as decisões judiciais que atribuem efeitos jurídicos à mendicidade do acusado, impondo reflexos na pena-base.

Merece destaque a sentença de lavra do meritíssimo juiz Bittencourt Cano, que expressando perfeitamente as mesmas conclusões deste trabalho, condenou Mizael Bispo de Souza pelo homicídio de Mércia Nakashima nos autos de n. 302333- 83.2013.8.26.0224:

> Com relação à personalidade "devem ser lembradas as qualidades morais do apenado, a sua boa ou má índole, o sentido moral do criminoso, bem como sua agressividade e o antagonismo em relação à ordem social e seu temperamento" (HC 91.176/SP – Relator: Ministro Eros Grau, j. 16/10/2007)... Infelizmente, não existe o crime de perjúrio no ordenamento jurídico pátrio. Por outro lado, não há dúvida sobre o direito ao silêncio, podendo o réu durante o seu interrogatório nada responder sobre uma ou todas as questões que lhe forem dirigidas, sem que isso possa lhe acarretar qualquer prejuízo. Todavia, uma coisa é permanecer em silêncio, ato nitidamente omissivo, outra bem diferente é mentir, conduta altamente ativa, antiética e contrária aos valores mais comezinhos da sociedade, não nos parecendo, assim, que exista uma garantia ao suposto direito invocado. Na verdade, não estamos diante de um direito de mentir, mas simplesmente da não punição criminal da mentira, salvo se a sua postura redundar na inculpação de terceiros, no desvio da investigação para a busca de fatos inexistentes, ou mesmo se consubstanciar na assunção de ilícitos executados por outras pessoas (com o objetivo de inocentar o real criminoso, dando-lhe proteção em troca de uma promessa de recompensa ou qualquer outra espécie de benefício escuso). Com o devido respeito, não se pode tolerar o perjúrio como se fosse uma garantia constitucional, até pelo fato de o réu não precisar mentir para exercer o seu direito ao silêncio. A verdade é sempre um valor a ser defendido pelo Estado, o qual jamais poderá permitir e estimular a mendacidade. Esclarecendo, caso silencie, nada lhe acarretará; logo, não precisa mentir. Ao mentir, o acusado o faz de modo intencional, notadamente para enganar o julgador, na espécie, os jurados, e beneficiar-se da própria torpeza, perfídia ou malícia, em detrimento de bens jurídicos relevantes para a Magna Carta e o processo penal. Se o réu não está obrigado a falar, está cristalino que não precisa mentir. (SÃO PAULO, 2017).

O precedente citado inspirou outras decisões judiciais, passando o entendimento em questão a ser reconhecido, ainda que minoritariamente, por alguns tribunais estaduais, a exemplo do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Nesse passo, cabe transcrever decisão proferida pelo Tribunal em questão, através do voto do Desembargador Tetsuzo Namba:

> (...) demais disso, se eles tinham a opção de confessar ou ficar em silêncio, no momento que se pronunciam, suas palavras devem ser ponderadas, se mentem, como no caso dos autos, isso não pode ficar sem avaliação valorativa negativa, sob pena de deixar de lado quem, muitas vezes, colabora com a Justiça e diz a verdade, seria o patrocínio indevido da "não verdade", isso mostra o caráter de alguém, flagrado no cometimento de infração penal, não se arrepende, ao contrário, faz de tudo para se livrar das imputações. (SÃO PAULO, 2017).

Idêntico é o raciocínio exteriorizado pelo desembargador Zorzi Rocha, que com enfoque na personalidade desviada do réu, reconheceu como negativa a circunstância judicial em questão no julgamento da Apelação n. 0001317-32.2017.8.26.0618. A propósito:

> na-base em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, pois corretamente alicerçada na personalidade negativa do Réu a qual está vinculada às qualidades

> morais, às distorções de caráter, à índole do sujeito (que são extraídos de sua forma habitual de ser, agir e reagir), como, por exemplo, agressividade, preguiça, frieza emocional, insensibilidade acentuada, emotividade desequilibrada, passionalidade exacerbada, maldade, irresponsabilidade no cumprimento das obrigações, ambição desenfreada, insinceridade, desonestidade, covardia, hostilidade no trato, individualismo exagerado, intolerância, xenofobia, racismo, homofobia, perversidade Dessa forma, se o réu mentirem seu interrogatório, negando a prática do crime por ele cometido, ou explicando o crime ao apresentar uma versão fantasiosa do fato, tudo a fim de obter uma injusta absolvição, justificado está o aumento de sua pena-base com fundamento na personalidade negativa. Afinal, a insinceridade e a desonestidade demonstradas perante o Juiz como explanado no item 2 suso exposto – revela uma distorção de caráter e a ausência de senso moral por parte do Réu, que se utilizou da mentira - subterfúgio repugnado pela ética e pelo dever de lealdade - com o nítido propósito de tumultuar a instrução processual e induzirem erro o julgador, afrontando, assim, a dignidade da Justiça. (SÃO PAULO, 2019).

Trata-se de julgados inovadores, que desafiam a cultura jurídica de aplicação da pena mínima que norteia os operadores do direito no Brasil.

A prática jurídica criou uma espécie de "direito subjetivo à pena mínima", sendo raríssimos os casos em que a reprimenda se distancia significativamente do patamar mínimo previsto em lei. De fato, verifica-se um comportamento generalizado do Poder Judiciário de eleger a pena mínima como base, abdicando-se de exercitar a prerrogativa de dosar a reprimenda em patamares mais elevados, mesmo quando justificado diante do caso concreto.

Na prática, tal postura gera impunidade e situações juridicamente constrangedoras, ofendendo o princípio constitucional da individualização da pena previsto no art. 5º, XLVI, CF/88.

O reconhecimento da mentira enquanto aspecto negativo da personalidade, representa, assim, um instrumento de resgate à escorreita aplicação da pena, prestigiando-se a consecução da justiça e atendendo ao comando constitucional de individualização da reprimenda.

7 - CONCLUSÃO

O presente estudo demonstra que a verdade é tutelada pelo ordenamento jurídico, sendo tanto um ideal a ser perquirido na consecução da justiça, como objeto expressamente contemplado em diversos dispositivos processuais penais da legislação brasileira.

Tradicionalmente, os estudiosos que se debruçam sob a análise do tema verdade e mentira no processo penal o fazem sob a perspectiva do acusado, com enfoque sob as garantias individuais de não autoincriminação.

Não obstante, o interesse na busca da verdade não se presta apenas à proteção do réu, mas também à tutela de toda a sociedade e em especial das vítimas diretas do crime. A mentira obstaculizaria a consecução da Justiça, prejudica os interesses da vítima e o direito difuso da sociedade a uma prestação jurisdicional justa.

A defesa do "direito de mentir" decorre de um raciocínio simplista, que retira qualquer limite da autodefesa, entendida como sendo irrestrita e absoluta.

É preciso distinguir o direito de não dizer a verdade, que equivale ao silêncio e tem natureza passiva, do direito de mentir, que representa conduta ativa. O ordenamento jurídico não obriga o réu a dizer a verdade, garantindo-lhe para isso, o silêncio. Não, há, por outro lado, autorização para que minta.

A mendacidade jamais poderá ser interpretada como direito ínsito, mas como subterfúgio repudiável ao exercício da atividade investigativa e judicante.

Objetivando a mentira iludir o julgador, enganar a coletividade e provocar um erro judiciário, deverá ser ela valorada enquanto circunstância negativa sobre a personalidade do acusado na fixação da pena base.

O poeta Mário Quintana romantiza os frutos da mentira, afirmando: *"Do bem e do mal / Todos têm seu encanto: os santos e os corruptos. / Não há coisa na vida inteiramente má. / Tu dizes que a verdade produz frutos… / Já viste as flores que a mentira dá?"* (QUINTANA, s.d).

Ao judiciário, entretanto, não cabe a romantização e leniência com a mendicidade e deslealdade processual. A Justiça não pode ser conivente com tal postura perniciosa, porquanto dela advém consequências nefastas para terceiros e para a sociedade. A tolerância do Poder Judiciário, nestes

casos, abala a credibilidade do sistema judicial e fere o direito das vítimas a um julgamento justo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Erica Isabel Dellatorre. **O direito constitucional ao silêncio e o "direito" a mentir em âmbito processual**. 2007. Dissertação (Especialização em Direito Público) – Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do SUL– ESMAFE. Porto Alegre, 2007. Disponível em: <https://docplayer.com.br/110619-O- direito-constitucional-ao-silencio-e-o.html>. Acesso em: 5 jul. 2023.

ARAS, Vladmir. A mentira do réu e o artigo 59 do CP. *In*: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo penal integral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Código Penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 3 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto. gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, 16 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br /ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, 25 de julho de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 24 de agosto de 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004- 2006/2006/lei/l11343.htm#. Acesso em: 20 abr. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 101.909/MG. Relator Ministro Ayres Britto. **Diário do Judiciário eletrônico**, 19 jun. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 68.742-DF. Relator para o acórdão Ministro Ilmar Galvão. **Diário do Judiciário**, 2 abr. 1993.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

COLLE, Juliana Andrade. Critérios para a valoração das circunstâncias judiciais (art. 59, do CP) na dosimetria da pena. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 572, 30 jan. 2005. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/6232. Acesso em: 2 maio 2024.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região** – TRF 4. Porto Alegre, n. 28, março de 2009.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MAGALHÃES NORONHA, E. **Curso de Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 108.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011, p. 194.

MOBBS, Adriane da Silva Machado. **Mal moral:** aspectos de aproximação entre Agostinho e Kant. [s.d.]. Disponível em: https://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/12060.pdf. Acesso em: 20 abr. 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: RT, 2007.˙ p. 207.
NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

QUINTANA, Mario. **Do bem e do mal todos tem seu encanto**. Disponível em: https://www.pensador.com/frase/MTYyNTM/. Acesso em: 21 abr. 2024.

SANTOS, Marcus Renan Palácio de Morais Claro dos. **O direito ao silêncio no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Fórum, 2021. p. 123-141.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 224.01.2010.035865, Rec. Ap. nº 3023333-83.2013.8.26.0224. **Diário do Judiciário eletrônico**, 28 jun. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0001317- 32.2017.8.26.0618. Relator: Zorzi Rocha. 6ª Câmara de Direito Criminal. **Diário do Judiciário eletrônico**, 4 out. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0001611- 29.2018.8.26.0625. Relator: Tetsuzo Namba. 8ª Câmara de Direito Criminal. **Diário do Judiciário eletrônico**, 30 nov. 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 3. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A CENSURA: *QUID VERITAS EST?*

MARCELO DUMONT PIRES

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A CENSURA: *QUID VERITAS EST?*

MARCELO DUMONT PIRES

PROFESSOR ORIENTADOR: PERY FRANCISCO ASSIS SHIKIDA

RESUMO: Tendo como objetivo fazer breves considerações sobre a censura, este artigo está estruturado em três seções. Após uma introdução, apresenta-se a segunda seção que abordará, de forma discursiva, as teorias existentes sobre a censura, especialmente a sua adoção legislativa constitucional originária, ou seja, *ex lege*, mas ainda tem algumas sugestões, tanto como *de lege ferenda* como uma nova hermenêutica constitucional e, como por óbvio, a interpretação do direito penal sobre o assuntado. A terceira seção contém as considerações finais, que sumarizam as principais sugestões do presente estudo.

ABSTRACT: Aiming to provide brief considerations on censorship, this article is structured into three sections. Following an introduction, the second section discusses the existing theories on censorship, especially its original constitutional legislative adoption, i.e. ex lege, but still has some suggestions, both as de lege ferenda and as a new constitutional hermeneutic and, of course, the interpretation of criminal law on the subject. The third section contains the final considerations, summarizing the main suggestions of the present study.

SUMÁRIO

PREFÁCIO 281

1 - INTRODUÇÃO 281

2 - DESENVOLVIMENTO 283

3 - CONCLUSÃO 296

REFERÊNCIAS. 297

PREFÁCIO

O tema "Censura", já longamente estudado, mas que se torna, de tempos em tempos, novamente atual, recebeu um tratamento mais dogmático a partir do modernismo, do estudo sistêmico e dentro de uma conjuntura de debates sobre os direitos fundamentais de 1ª geração, ligado, portanto, a defesa básica (do doravante chamado cidadão) numa disputa indivíduo *versus* Estado-hobbesiano, dentro do quadrante do pensamento científico/crítico da razão.

Não obstante, no século XIII, a *Magna Carta* (1215) inglesa já trazia disposições limitadoras do Estado, e a possibilidade de defesa de tais direitos por intermédio da nobreza (nesta época os latifundiários) e clérigos. Por ter sido descumprida pelo Rei Henrique III, foi objeto de inúmeras modificações posteriores, nenhuma delas de grande repercussão sobre o tema.[1]

Assim, foi mesmo na Constituição americana 1776 e em suas Emendas (*Bill of Rights*) de 1791 e na francesa de 1789, que foi a Liberdade de Expressão elevada ao *status* de direito fundamental, num esforço conjunto de políticos influentes (denominados por eles como "os Pais" da Constituição americana) para a união das 13 colônias que se tornaram independentes do domínio inglês, sobre o que se verá mais adiante.[2]

Mas, se retornar no tempo mais longínquo ainda, ao meditar sobre a Bíblia e, em especial, sobre o Novo Testamento, com pertinência ao que posto em debate, vem a lembrança da pergunta final de Pilatos a Cristo, em seus momentos derradeiros: "O que é **A Verdade**?". Sobre a indagação o Senhor faz silêncio e ela fica sem resposta.

É curioso porque é um diálogo fundamental para a cultura e o modo de ser ocidental, pautado por revoluções advindas de novos discursos, como bem trata Habermas, na teoria política do direito[3]. Jesus se deu ao

trabalho de dizer **A Verdade** (levando em conta a crença deste subscritor) durante seu ministério público e se calou diante daquele que o sentenciaria (incitado por autoridades judaicas), depois dos romanos O açoitarem e colocarem em Sua cabeça uma coroa de espinhos e em Seu corpo flagelado um manto púrpuro, à morte. A despeito da exortação e após ser enfático no Sinédrio (Tribunal Eclesiástico Judaico), onde tinha exposto Sua origem filial à Deus. Afinal, era um momento crucial, de vida ou morte.

Entretanto, o diálogo – e é claro que ali se encerrou como deveria ser – uma vez que Cristo sabia que ao Governador Romano, responsável à época pela Judéia, não teria como faze-lo entender a) qual era o seu reino e de onde Ele vinha, como o já havia feito e declarado e b) **A Verdade** já tinha sido revelada aos destinatários da obra e do Espírito Santo, aos mais humildes e relegados da sociedade, como era da Vontade de Deus (pescadores, cobradores de impostos, prostitutas, entre outros marginalizados), e não àqueles *doutores da lei* que o condenariam à crucificação.

A Verdade, instrumentalizada na *liberdade de expressão*, não estava ao nível de compreensão dos romanos. De mais a mais, cumpria Sua missão[4]. Este é o primeiro caso, com relato, fictício (para alguns) ou não, na

História de ataque covarde e brutal a tal direito fundamental.

1- INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo apresentar uma análise concisa sobre a censura, fundamentada na literatura pertinente.

A função metodológica deste trabalho de finalização de curso de pós-graduação organizada pela Escola de Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais visa oferecer considerações sobre a questão da censura à luz das referências de literatura que defendem essa perspectiva. Trata-se de uma metodologia de pesquisa descritiva e analítica.

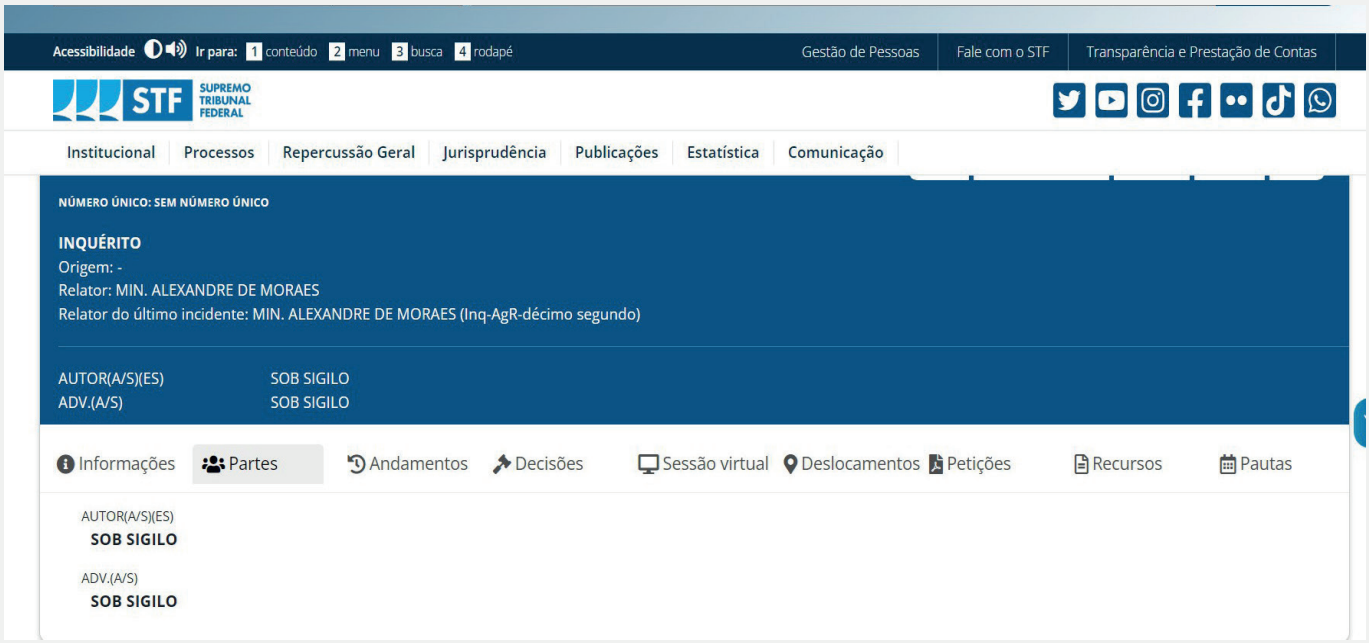
1 Cf. "Magna Carta" – Wikipédia, a enciclopédia livre (wikipedia.org).

2 Em especial a 1ª Emenda.

3 *Direito e Democracia, vols. I e II.*

4 "A minha vida/ Eu a dou livremente/ Ninguém a tira de mim" (Jo, 10,18).

Esse preâmbulo veio a calhar porque, o que se está a ocorrer no Brasil, por meio de quem tem a última palavra sobre a Constituição de 88 (Supremo Tribunal Federal), em um inquérito interminável e inacessível (chamado Inquérito das *Fake News* ou dos *Atos antidemocráticos,* autuado sob o n.º 4781), são prisões, conteúdos de mídia suspensos, *blogs*, vídeos do YouTube desmonetizados e/ou retirados do ar, tudo sem dar às pessoas, "proprietários" de seus *espaços virtuais* e de opinião, o seu sagrado direito não só a se defender (ampla defesa), mas ao mesmo tempo, passando por cima do contraditório, sem mencionar o princípio da publicidade dos atos de Estado, aplicáveis, como regra, à maioria de inquéritos policiais/administrativos.



Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br), consulta em 06/07/2023, às 12:15h.

Pior: segue-se um regimento, a que se conferiu força de lei federal, no qual o inquisidor é o julgador, entre outros vícios insanáveis, o que não se vê há muito na Teoria Geral do Processo, com especial importância ao *due process of law*.

De fato, não se pode impor a verdade, eis que sempre relativa. Não pode um indivíduo, *sponte propria*, intitular-se "defensor" da verdade, como é feito no caso da censura, pois suscetível ao crivo do ente e sua temporalidade (cf. *Ser e tempo*, Martin Heiddegger, Ed. Vozes).

A suposta "verdade" (*v. fake News*, ou "negacionismo", por exemplo), dita como *argumento de autoridade* por um ministro da Suprema Corte, não caberia a ele(a) a autodefinição, de modo a promover o controle prévio das liberdades civis, intérprete da letra do Texto Maior e do ordenamento jurídico.

Aliás, a despeito do objeto desse trabalho não ter essa finalidade, seria interessante adotar a terminologia alemã *Tribunal Federal Constitucional,* ou apesar das diferenças de sistemas jurídicos, o *nomen iuris* "Conselho Constitucional" francês. A par dessa mudança, retornar o Superior Tribunal de Justiça para o antigo TFR - Tribunal Federal de Recursos, de maneira muito mais consentânea com a função exercida (inclusive para o público leigo). Na oportunidade, o primeiro faria o controle de constitucionalidade, restando ao segundo o controle de legalidade. É como acontece hoje, na aproximação do sistema de precedentes anglo-saxão, que criou raízes e está a dar frutos no Brasil. Sobre isso cito AGAMBEN (2004, p.15):

> Se, como se sugeriu, a terminologia é o momento propriamente poético do pensamento, então as escolhas terminológicas nunca podem ser neutras.

Muito bem, feito esse introito, importante um pequeno apanhado histórico do direito à liberdade de expressão e censura, a partir do período modernista.

2 - FUNDAMENTAÇÃO

Dessarte, a celebre frase "posso não concordar com o que dizes, mas morreria pelo direito de dizê-lo", é atribuída muitas vezes a Voltaire, não obstante ser de Evelyn Beatrice Hall.

O aforismo é bastante disseminado e, apesar da procedência por vezes mal conferida, é muito pertinente. Aliás, o crédito a Voltaire decorre da sua autoridade de pensador, um dos expoentes do Iluminismo, sob influências como as de John Locke, Isaac Newton, Malebranche, Jean Racine, Molière, dentre outros.

A frase exprime a ideia de que a vida vale a pena ser vivida quando ideias são expostas, quando há a verdadeira liberdade do pensar e manifestar. Não à toa, a *vida* é o único bem jurídico que merece ser defendido, pois é um pressuposto óbvio, quando em conflito com a *liberdade de expressão,* eis que este serve de corolário direto da *democracia* (nesse sentido, não se fala em Estado Democrático, pois se trata de verdadeira *tautologia*, mas em Estado de Direito).

Dessarte, é evidente que a *liberdade de expressão* deve *ceder* em confronto com o direito à *vida*, ou a um conjunto delas colocadas em posição abstrata ou concretamente em risco, desde que iminente.

Sobre a matéria, o debate cunhado no sistema paradigma (dos Estados Unidos da América), como ensina Gustavo Maultasch em seu livro, ora *marco teórico*, "CONTRA TODA CENSURA"[5], se desenvolveu a partir de duas teorias.

A "Teoria da Tendência Negativa", que foi supedâneo na Corte norte-americana até meados do século passado, proibia todo discurso depreciativo ou discriminatório (discursos racistas, homofóbicos, enfim, o que se chama hoje *discursos de ódio*), no mesmo sentido que o STF vem julgando os casos das '*fake news*' e outros ditos perniciosos.

Já a "Teoria do Dano/Perigo Iminente", emanada do voto primeiramente vencido, mas que se tornou, depois, unânime do *Justice Holmes*, baseia-se na premissa de que o discurso, qualquer que seja o seu conteúdo, somente comporta censura (para os demais casos cabe o direito de resposta proporcional ao agravo e/ou danos materiais/morais) quando a opinião gerar um risco iminente a alguém em razão dessa liberdade (como no caso de se gritar "fogo" em local fechado e com inúmeras pessoas, onde pode causar a morte por pisoteamento).

Assim declarou Holmes:

> Perseguição à expressão de opiniões parece-me perfeitamente lógico. Se você não tem dúvidas de suas premissas ou poder e deseja um determinado resultado, com todo o seu coração, você naturalmente expressa os seus desejos em lei e varre toda a oposição (...). Mas quando os homens percebem que o tempo perturbou muitas fés combativas, eles podem vir a acreditar, até mais do que acreditam nos próprios fundamentos da sua própria conduta, que o bem final desejado é mais bem alcançado por livre troca de ideias – que o melhor teste para a verdade é o poder de o pensamento conseguir ser aceito na competição do mercado, e que a verdade é única base sobre a qual seus desejos podem ser realizados com segurança. Essa é de todo modo a teoria da nossa Constituição. É o experimento, como toda vida é um experimento. Todos os anos, se não todos os dias, temos que apostar a nossa salvação em profecias baseadas em um conhecimento imperfeito. Enquanto esse experimento fizer parte do nosso sistema eu creio que devemos estar eternamente vigilantes contra tentativas de conferir/censurar a expressão de opiniões que odiamos e acreditamos estarem repletas de morte, a não ser que elas ameacem tão iminentemente uma interferência imediata com os propósitos legais e urgentes da lei que uma análise/interferência imediata seja necessária para salvar o país.[6]

Já na "Teoria da Tendência Negativa", estão a exemplificar as falas de ódio ou desprezo social, em algum futuro, que idealizam a vilania diante de uma minoria, desde a sua manifestação (oficial ou clandestina). Tome-se como exemplo, o discurso, onde se insere a *liberdade de expressão* nazista, onde Ernst Kaltenbrunner, autor da criação dos campos de concentração e responsável, direta e indiretamente, pela morte coletiva dos judeus, posição esta alinhada aos anseios do Führer em seu único livro, *Main Kempf* ("Minha Luta").

E continua Gustavo Maultasch, citando agora o *Justice* Brandeis, no momento de *overruling* do direito americano:

> Para se justificar a supressão da liberdade de expressão, deve haver uma base razoável para se temer que um grave mal ocorrerá

5 MAULTASCH, Gustavo. Contra toda censura: Pequeno Tratado sobre a Liberdade de Expressão. Ed. Avis Rara, 2022.

6 Idem, p. 73.

> se a liberdade de expressão for praticada. Deve haver uma base razoável para se acreditar que o perigo apreendido é iminente. Deve haver uma base razoável para se acreditar que o mal a ser prevenido é um mal sério. (...) **Se houver tempo para expor, pela discussão, a falsidade e as falácias, para reverter o mal pelo processo de educação, o remédio a ser aplicado é mais discurso, não o silêncio forçado.** Somente uma emergência pode justificar a repressão. Essa deve ser a regra para que a autoridade seja compatível com a liberdade. Essa é, na minha opinião, o preceito da Constituição. Está assim sempre aberta aos americanos a possibilidade de contestar uma lei que restrinja a liberdade de expressão e reunião, mostrando que não havia emergência que a justificasse.[7]

Os EE.UU., vanguardistas que são na matéria, perceberam que o tratamento mais balizado com a liberdade de expressão não é a *censura* e sim mais debate e conscientização sobre o assunto, respeitando os casos de risco iminente, que não poderiam gerar ou agravar de pronto a violência contra a pessoa.

Quanto ao cenário local, é de se observar a seguir como a *liberdade de expressão* vem sofrendo certos atropelos em desfavor de direitos constitucionais, como se criminosos fossem pessoas que têm ponto de vista próprio, como recorda Gustavo Maultasch, ainda que fazendo uso de um discurso a ser rebatido, com outros e mais convincentes argumentos.

Adverte:

> Se alguns anos atrás alguém me dissesse que hoje viveríamos uma época em que a Liberdade de Expressão se encontraria em risco, eu não acreditaria. Diria que a previsão é incongruente com a história e visão de mundo da sociedade brasileira, que aprendeu, pelos castigos da experiência, a valorizar a Liberdade de expressão acima de todas as demais demandas sociais. Desde o processo de redemocratização do Brasil, nos anos de 1980, se havia algum consenso na sociedade brasileira – por toda parte, em todos os lados do espectro ideológicos – era o de que nos tornáramos finalmente livres para pensar e dizer o que quiséssemos.
>
> Eu estava errado, evidentemente. Hoje vivemos um era de ressurgimento da libido censória, do impulso autoritário, do ímpeto de silenciarem as vozes discordantes. Como diz Fernando Schüler, 'a liberdade de expressão parecia quase um consenso, anos atrás, e hoje virou um tabu. Vivemos tempos de um outro autoritarismo, à direita e à esquerda.'
>
> Como conclusão, proponho ao leitor algumas reflexões sobre as razões desse ressurgimento do ímpeto censório.
>
> ...
>
> A razão mais simples e fundamental refere-se à incapacidade treinada de muitos escolarizados urbanos brasileiros, que simplesmente absorveram automaticamente a ideia de que o estado deve tutelar todos os aspectos da vida do cidadão, incluindo-se aí a eliminação de qualquer risco, ofensa ou circunstância desagradável. Nessa visão da Democracia Tutelada, o estado tem a prerrogativa de controlar o que adultos podem e não podem pensar e falar; e se num exercício imaginativo uma ideia parecer poder provocar alguma violência a futura, alguma ofensa ou desconforto, então ela deve ser proibida. Muitos são incapazes assim de sequer conceber a existência de um Brasil a livre-manifestação com o grau de liberdade que descrevi neste livro, e assim acreditam que a tutela (com certo grau de autoritarismo) seria a única maneira de se preservar a Democracia.
>
> Esse problema alcança inclusive os nossos tribunais; analisando casos emblemáticos sobre Liberdade de Expressão na justiça brasileira, o professor Ronaldo Porto Macedo Jr diz que o aspecto mais saliente é 'a falta de uma reflexão mais profunda e refinada que pudesse revelar alguma coerência teórica' que embasasse as decisões. O professor diz ainda que é difícil evitar a impressão de que as decisões judiciais sobre o tema são mera expressão de vieses ideológicos que guiaram as preferências do juiz. O tema da Liberdade de Expressão ainda não é conhecido com a profundidade necessária em nosso país.
>
> ...
>
> A Democracia Tutelada traz dois problemas: o primeiro é que alguém tem de ser o tutor, evidentemente, e com isso tem-se uma Democracia de Castas, em que um grupo é alçado à posição de poder e assim arroga-se determinar quais discursos devem ser permitidos ou proibidos no debate público. O segundo problema é que preservá-la, deixando-a caminhar para onde quer que a sociedade decida; ela tutela a Democracia com uma escatologia, com um sonho para a história e a 'civilização' brasileira (...)[8]

Assim, mesmo que desconhecendo o teor do Inquérito n.º 4781, ainda que com imprecisão ou má-fé dos autores, o que se revela é despiciendo.

Vale ressaltar, desde logo, o desvalor contra a censura *e o seu uso indiscriminado* (o ferimento dos direitos individuais), ao que T.W. Adorno chama de ***opressão***.

Por tais razões sabe-se que o uso da *censura*, que é senão o outro lado da moeda da *liber-*

7 Destaque no original. *Ibidem*, p.75.

8 *Ibidem*, p. 166-168.

dade de expressão, somente socorre ao censor se é *remédio* para defesa do bem jurídico *Vida*. Quanto aos demais direitos tutelados, deve prevalecer aquela.

A respeito do tema, não se pode concordar como os argumentos trazidos por André Ramos Tavares (2005:49/61), em relativização do direito à liberdade de expressão no contexto da Constituição de 1988, em artigo denominado "Liberdade de Expressão-Comunicação", elaborado em homenagem ao Professor Paulo Bonavides.

Da obra, extrai-se:

> Direitos fundamentais.
>
> (...) Afinal, foi a classe dos direitos fundamentais a responsável pela superação do Estado absolutista, em que os súditos viviam para o e pelo rei. (...) Nesse sentido, Ataliba Nogueira (1940:113): 'O Estado não é fim do homem; sua missão é ajudar o homem a conseguir o seu fim. É um meio, visa à ordem externa para a prosperidade comum dos homens.
>
> ...
>
> 'Mas as definições das liberdades não são fáceis (...)', advertiu Pontes de Miranda (1979:288), ciente de que a largueza temporal e a relevância material não foram suficientes para oferecer um conceito seguro àquilo que se denomina liberdade.
>
> ...
>
> Para não haver maiores digressões, atente-se para a Constituição de 1988, que em seu artigo 5º, inciso II, conceitua a liberdade com sua relação com a Lei: 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'.
>
> ...
>
> Há na doutrina brasileira uma patente imprecisão acerca do real significado e abrangência da locução liberdade de expressão, porém, pode muito bem ser atribuída ao legislador constituinte que, de maneira consciente ou não, pulverizou manifestações diversas, consagrando em momentos distintos facetas de uma mesma e possível liberdade de expressão (…)
>
> No entanto, o certo é que o termo *liberdade de expressão* não se reduz ao externar sensações e sentimentos. Ele abarca tanto a liberdade de pensamento, que se restringe aos juízos intelectivos, como também externar sensações.
>
> ...
>
> Para deixar clara a extensão da liberdade de expressão, cumpre trazer entendimento ventilado pela Suprema Corte americana, quando da decisão do *case* Cohen v. California, por meio do *Justice* Harlam: (...) [a expressão] não denota apenas ideias de relativa precisão, explicações imparciais, mas emoções inexpressíveis (*apud* Tribe 1988:787, trad. Livre).
>
> ...
>
> Dentre os direitos conexos presentes no gênero *liberdade de expressão* podem ser mencionados os seguintes: liberdade de manifestação de pensamento; de comunicação; de opinião, de imprensa, de mídia, de divulgação e de radiodifusão.
>
> 3.3 Liberdade de Expressão: Meio ou Fim?
>
> ...
>
> Jónatas E. M. Machado (2002:238) é categórico ao anotar que'(...) a liberdade de expressão não é vista como um fim em si mesma.'
>
> ...
>
> Parece ser correto o entendimento ventilado pelo jurista luso de que a liberdade de expressão é um meio e não um fim.
>
> (...)
>
> A liberdade de expressão não existe para si mesma. Ainda que se defenda sua condição de Direito natural, tal somente existiria no mundo fenomênico em sua necessária relação com o Homem. Não haveria que se falar em liberdade de expressão se este, único ser racional e capaz de expressar, não subsistisse. Daí ser um meio e não um fim em si mesmo.
>
> ...
>
> Desta feita. a razão não reside naqueles que alegam que a liberdade de expressão é um fim em si mesma. Nunca o será.
>
> ...
>
> Após ter sido demonstrado acima, que a liberdade de expressão é um meio, com finalidades determinadas ou a serem determinadas pelo homem (...)
>
> ...
>
> Mencionou-se anteriormente, quase à exaustão, que o elemento ensejador da liberdade de expressão é a intenção de se conceder ao homem a prerrogativa de ser soberano sobre si mesmo, de ser um ente autônomo, condição esta essencial à realização pessoal, à expressão da personalidade individual, ainda que este seja um gregário – na conhecida concepção aristotélica de que o homem é um animal político.
>
> ...

> Tem-se, assim, uma maior e mais apropriada possibilidade de se auto-determinar [sic]. Ora, a liberdade de expressão e, nela, a liberdade de comunicação, há de se prestar à realização pessoal, à formação individual, à livre opção de cada um. Com efeito, não pode ser ela instrumento contrário à realização pessoal. Seria mesmo contraditório que um fato pudesse, ao mesmo tempo, apoiar-se na liberdade de expressão e violá-la, enquanto categoria constitucional, em determinado caso concreto.
>
> ...
>
> Conforme foi acentuado no início, o conceito de liberdade, baseado no firme magistério de John Stuart Mill, é a possibilidade de tudo fazer, desde que em respeito a terceiros, é dizer, sem os prejudicar.
>
> …
>
> Com base no que foi dito, Nuno e Souza entende que, como limites imediatos à liberdade expressão, '(...) podem apontar-se os direitos à imagem, à identidade pessoal, ao bom nome e reputação e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (...)' (Sousa, 1984:268).
>
> ...
>
> Essa preocupação em obter um aumento sempre maior de atenção por parte dos possíveis receptores gera, evidentemente, um conflito com os interesses destes, bastando mencionar-se o interesse na obtenção de informações neutras e na autoformação [sic].
>
> ...
>
> Realmente, apesar de cada indivíduo (tomando como audiência) poder se recusar a aceitar aquilo que lhe é impingido pelo emissor- comunicador, seu controle e suas reservas muitas vezes não são suficientes, não deixando de ser influenciado e 'modificado' pelo que viu ou ouviu em função do exercício da liberdade de expressão por outrem, especialmente por um emissor-comunicador.
>
> ...
>
> Ora, bem demonstra, aqui, o estudioso, a irreversibilidade das situações geradas por uma divulgação imprópria acerca da conduta, da imagem, da privacidade, da dignidade, do bom nome ou da honra de determinada pessoa.
>
> ...
>
> Com isto, poder-se-ia alcançar um precioso equilibrado "(...) entre as prerrogativas individuais e as necessidades da vida coletiva" (Jónates E. M. Machado, 2002:360).
>
> ...
>
> E, por meio dessa almejada harmonia entre as prerrogativas individuais e a necessidade coletiva, possibilitar- se- ia, otimizadamente [sic], o pleno desenvolvimento individual e coletivo. É este o objetivo que todos hão de ter em mente, ao praticar seus atos.[9]

Em um marco teórico diverso, a liberdade de expressão é um postulado quase que absoluto. Está-se de acordo com o entendimento de Gustavo Maultasch, em "Contra Toda Censura". A ideia central, para fins deste artigo, resume-se o pensamento desse autor pelo seguinte excerto:

> Muitos não estão nem sentindo, ou talvez estejam até gostando; talvez não sintam o perigo porque ele ainda se encontra mais no espírito do tempo – no clima das ideias – do que propriamente no conjunto das ações concretas da história: quantas pessoas realmente foram presas por dizerem o que pensam? Quantas pessoas realmente são censuradas? São poucas, dizem. Ou ainda: se alguém foi preso ou censurado é porque disse mesmo 'algo que não devia', fez 'discurso de ódio', propagou '*fake news*', promoveu ideias 'negacionistas', 'anticientíficas', 'antidemocráticas', ou 'atacou' as instituições; então por que tanto 'choro' e reclamação? Ainda é pouco para nos preocuparmos – dizem os inocentes, os incautos e, evidentemente, alguns mal-intencionados.[10]

Sabe-se o momento histórico que o microssistema foi concebido. Dá lição a Professora, hoje Ministra do STF, Carmen Lúcia Antunes Rocha, no voto proferido no julgado da Arguição de Preceito Fundamental 130/DF:

> Primeiro, é que me parece que o que foi posto brilhantemente pelo Ministro Carlos Britto, e, agora, enfatizado pelo Ministro Menezes Direito, é que a liberdade de imprensa - como a manifestação talvez mais importante da liberdade, porque a liberdade de pensamento para informar, se informar e ser informado, que é garantia de todo mundo, se compõe, exatamente, para a realização da dignidade da pessoa humana, ao contrário de uma equação que pretendem ver como se fossem dados adversos. Eu acho que são dados complementares, quer dizer, quanto menor a informação, menor a possibilidade de liberdade que o ser humano tem, e, portanto, menor dignidade em relação ao outro, criando cidadanias diferentes.

9 ROCHA, Fernando Luiz Ximenes *et al. Direito Constitucional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: editora Del Rey, 2005.

10 *Ibidem*, p. 46.

> O segundo dado que eu gostaria de enfatizar é que o fundamento da Constituição é exatamente o da democracia, que não se compadece absolutamente com qualquer tipo de restrição - e, agora, o Ministro Menezes Direito chamou a atenção para até o aspecto punitivo de restrições que eventualmente adviessem na legislação infraconstitucional - e, portanto, é exatamente o que se tem nessa lei, que não poderia mesmo ser recepcionada.
>
> ...
>
> Tenho, para mim, que a Constituição de 88 tratou regularmente e integralmente daquilo que é necessário para que os abusos sejam coartados - como realçado pelo Ministro Carlos Britto, e, agora, brilhantemente, também enfatizado pelo Ministro Menezes Direito -, que o Direito tem mecanismos para coartar, para repudiar todos os abusos que eventualmente, em nome da liberdade, sejam praticados. Vale para a imprensa, isso vale para todo mundo.[11]

Outrossim, vê-se que o marco teórico adotado, difere-se do apontado por Ronald Dworkin, para quem a liberdade de expressão, em um breve resumo, distingue-se em definir se o que fala de fato se trata de um *argumento de princípio* ou de um *de argumento de política*:

> Somente precisamos dos direitos, enquanto um elemento distinto da teoria política, quando alguma decisão prejudique certas pessoas encontre, não obstante, apoio *prima facie*, na afirmação de que isso deixará a comunidade como um todo em melhor situação segundo alguma aplicação plausível de onde reside o bem-estar geral da comunidade. Mas a fonte mais natural de qualquer objeção que possamos ter a tal decisão é a de que, no seu interesse pelo bem- estar, prosperidade ou florescimento das pessoas como um todo, ou na concretização de algum interesse difundindo na comunidade, a decisão não presta suficiente atenção ao seu impacto sobre a minoria, e certo recurso a igualdade parece uma expressão natural de uma objeção proveniente dessa fonte. Queremos dizer que a decisão está errada, apesar de seu mérito aparente, porque não leva em conta, da maneira correta, o dano que causa a alguns e, portanto, não trata essas pessoas como iguais, com direito à mesma consideração que outras.[12]

Adverte:

> A discussão pública em torno do caso *Farber* deixou de observar uma distinção importante entre dois tipos de argumento que são usados para justificar uma norma jurídica ou alguma outra decisão política. As justificativas de *princípio* argumentam que uma norma específica é necessária para proteger um direito individual que alguém (ou, talvez, um grupo) tenha contra outras pessoas ou contra a sociedade ou o governo como um todo. Leis antidiscriminação, como as que proíbem o preconceito na oferta de emprego ou habitação, podem ser justificadas com argumentos de princípio: os indivíduos realmente têm o direito de não serem prejudicados na distribuição de recursos importantes porque outros sentem desprezo pela sua raça.

As justificações de *política*, por outro lado, sustentam que uma norma específica é desejável porque trabalhará pelo interesse geral, isto é, pelo benefício da sociedade como um todo. (...)

A distinção, porém, é de grande importância, porque, às vezes, princípio e política argumentam em sentidos opostos e, quando o fazem (a menos que as considerações de política tenham importância crucial, de modo que a comunidade venha a sofrer uma catástrofe se forem ignoradas), a política deve ceder ao princípio.[13]

Está-se pendente para a distinção mais simples e direta do marco teórico, dentre as teorias *negativistas* e a do *perigo de dano iminente*, eis que calcada numa tradição ítalo-germânica do nosso direito, em comparação ao diferente e complexo sistema de precedentes anglo-saxão.

Parece, inclusive, que a Constituição adota a posição da *Teoria do Perigo Iminente*. Isso porque proíbe, em qualquer hipótese, a censura prévia. Não se pode deixar de destacar que,

---

11 Do mesmo voto, extrai-se citação pertinente de Rui Barbosa: *"Da atualidade das palavras de Rui Barbosa que foram proferidas no Senado em 11 de novembro de 1914, exatamente sobre lei de imprensa, ou seja, há quase cem anos. Dizia, então, Rui que: 'Se não estou entre os mais valentes dos seus advogados, estou entre os mais sinceros e os mais francos, os mais*
leais e desinteressados, os mais refletidos e mais radicais. Sou pela liberdade total da imprensa, pela sua liberdade absoluta, pela sua liberdade sem outros limites que os do direito comum, os do Código Penal, os da Constituição em vigor. A Constituição Imperial não a queria menos livre; e, se o Império não se temeu dessa liberdade, vergonha ADPF 130 / DF será que a República a não tolere. Mas, extremado adepto, como sou, da liberdade, sem outras restrições, para a imprensa, nunca me senti mais honrado que agora em estar ao seu lado; porque nunca a vi mais digna, mais valorosa, mais útil, nunca a encontrei mais cheia de inteligência, de espírito e de civismo; nunca lhe senti melhor a importância, os benefícios, a necessidade.' E dizia, então, Ruy, em 1914: 'A ela' - liberdade de imprensa – 'exclusivamente se deve o não ser hoje o Brasil, em toda a sua extensão, um vasto charco de lama.'

12 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005, p. 532.

13 *Idem,* p. 564.

obviamente, os perigos atualíssimos à vida são a exceção à regra. Nos demais casos, fica patente que a interpretação que confie maior eficácia a tais normas é procedimento obrigatório (*metaprincípio do direito e da hermenêutica constitucional*).

José Afonso da Silva:

> A percepção que cada um tem dela [Constituição] é considerada separadamente dela própria. De igual modo, as intenções de seu autor – o constituinte – são consideradas separadas dela, porque ela é, em si mesma, um ser, um ser com seus poderes e a dinâmica, um ser autônomo.
>
> ...
>
> O intérprete da Constituição tem que partir da ideia de que ela é um texto que tem algo a dizer-nos que ainda ignoramos.
>
> ...
>
> (...) Nessa perspectiva, somente caberá ao intérprete perquirir e revelar a intenção original do constituinte. Diga-se, desde logo, que não é esse o modo correto de se chegar ao sentido da Constituição. Pois não é aceitável a ideia de que a hermenêutica em por objetivo captar o pensamento dos autores da Constituição. A vontade do constituinte, de resto de difícil captação, não tem relevância no processo interpretativo.
>
> ...
>
> (...) Consequentemente, um conceito individual tira o significado do contexto ou horizonte no qual se situa; contudo, o horizonte constrói- se com os próprios elementos aos quais dá sentido. Por uma interação dialética entre o todo e as partes, cada um dá sentido ao outro; compreensão é, portanto, circular. E porque o sentido aparece dentro desse círculo, chamamo-lhe [sic] 'círculo hermenêutico', formulado por Heidegger, assumido por Gadamer e também referido por Richar E. Palmer (Palmer, 93 e 94).
>
> (...) O desenvolvimento dos estudos sobre a relação da linguagem com o contexto é que é a unidade de sentido do texto. Assim se pode concluir que não são as palavras nem as frases que dão sentido à Constituição. Esta, como texto jurídico, é que é uma unidade de sentido, de sorte que as normas que a compõem recebem o seu sentido o seu sentido à Constituição. Esta, como texto jurídico, é que é uma unidade de sentido a partir do sentido do todo, ainda que uma interação dialética, entre texto e contexto, cada um dá sentido ao outro.
>
> Pode-se dizer, a partir daí, que a tarefa da hermenêutica constitucional consiste em desvendar o sentido mais profundo da Constituição pela captação de seu significado interno, da relação das suas partes entre si e mais latamente sua relação com o espírito da época, ou seja, a compreensão histórica de seu conteúdo, sua compreensão histórica gramatical na sua relação com a linguagem espiritual na sua relação com a visão total da época.
>
> Ou, em outras palavras, o sentido da Constituição se alcançará pela aplicação de três formas de hermenêutica: *a) a hermenêutica das palavras; b) a hermenêutica do espírito; c) a hermenêutica de sentido*, segundo Richard Palmer (p. 86) que prefiro chamar de *hermenêutica contextual.*
>
> ...
>
> Assim, para dar alguns exemplos, o Conselho Constitucional foi leva a [sic] garantir o respeito a liberdades e direitos essenciais tais como a liberdade individual, a liberdade de ir e vir, a inviolabilidade do domicílio, a proteção da saúde da mãe e da criança e o respeito da liberdade de consciência, a liberdade de casar, o direito de levar uma vida familiar normal e o direito de reagrupamento familiar, a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, liberdade de expressão de ideias e de opinião, a liberdade de contratar pacto civil de solidariedade.[14]

Carlos Mário Velloso[15]:

> Ora, a meu ver essa interpretação puramente literal de um texto isolado não seria boa. Temos que interceptar as normas constitucional [sic] no seu contexto e quando interpretamos é bom lembrar a afirmativa de Marshall, no 'M'Colloch v. Madison, de 1819: quando se interpretam normas constitucionais, deve o intérprete estar atento ao Espírito da Constituição, ao que ela contém no seu contexto. Parece-me que a interpretação literal não prestaria obséquio à Constituição, que deve ser sistematicamente interpretada (Voto na Recl. 383/SP, RTJ 147/465).

O conflito de demais direitos subjetivos não suporta como fundamento jurídico fazer proveito da censura imposta a qualquer livre pensar e expor, que vai desde a integridade corporal até a própria crítica ao Estado Democrático de Direito, cujos tentáculos estão disseminados em falsos discursos, com o devido respeito, especialmente para motivar prisões no Brasil, além de trazerem falsos pretextos para o *cale-se* (jogo de palavras com o pedido de Cristo ao Pai, "afasta de mim

14 *Idem,* p. 439-450.

15 Recl. 383/SP, RTJ 147/465.

este cálice", como na letra de Chico Buarque), que geram atos judiciais dignos de outrora, semelhantes ao período de 1964-1985.

Antes de se falar mais afundo desses casos e sobre eles lançar luz, parece ser imprescindível a explicação sobre o vasto campo de bens jurídicos protegidos que não servem como consentâneos à censura nem como lastro mínimo a justificá-la, para depois trazer o caso do direito à vida, única exceção à regra.

A liberdade de expressão não é arma. Não se pega, não se toca. Muito menos perfura ou causa lesão, pelo menos fisicamente. Do mesmo modo, não se coaduna com a mentira ou a omissão proposital. Porém, sem ela, não há avanço somente retrocesso, especialmente se for submetida à censura. Ninguém, após o devido direito de resposta ou retratação, está imune à crítica mesmo que inverídica.

Talvez, trata-se de defender – e aqui há uma linha tênue – dos mais importantes (afora os tipos penais de preservação à vida), a defesa à integridade física ou moral, da vítima ou de outrem. Ora, para tais casos, não se pode falar em censura contra a *liberdade de expressão,* ainda que pregue a violação corporal ou à honra. Quando isso ocorre, pode-se estar diante do próprio crime de *ameaça* que já a contém no tipo de injusto (apesar de cuidar também da vida, já devidamente excluída), mas como descreve o comando, *causar mal injusto e grave contra pessoa*), de modo que a integridade física não está apenas sob o abrigo do tipo penal que pune quem a viola (quando mais branda podemos falar na contravenção penal de *vias de fato*) somado a sua ameaça – mediante a *liberdade de expressão* que incite a agressão.

Ora, *jamais poderia, razoavelmente, o Poder Executivo e principalmente o Poder Judiciário,* numa desproporção anormal, sejam eles de que Governo ou Poder forem, calar o orador *ad hominem*, mas seu sagrado direito de *liberdade de expressão.* A agressão, por mais desprezível que possa parecer, não coloca o agredido numa posição iminente de risco. Talvez possa soar um tanto quanto indiferente, mas não nos comove a ponto de gerar a *censura.* Caberia, talvez, uma medida cautelar inibitória, como Luiz Guilherme Marinoni sugere (assunto para um outro momento mais aprofundado do estudo).

Tal conclusão não somente se extrai nas disposições expressas constitucionalmente (em primeiro lugar a ***vida***), que cuidam da *liberdade de expressão,* muito antes, em seu artigo 5º, inciso IX, da Constituição da República de 1988, até da atenção à integridade física do sujeito preso.

Assim, é consenso que a Constituição Federal estabeleceu parâmetro de vigência em primeiro lugar ao direito de expressão livre, para depois tratar da integridade física. Há uma coerente hierarquia nela, evidentemente, senão as considerações iniciais sobre, por exemplo, a soberania do povo e seu poder, do qual os outros todos emanam, não estariam em primazia. A ordem dos bens jurídicos protegidos nos incisos do art. 5º também funcionam da mesma maneira.

Em outras palavras, diga-se que a liberdade de expressão é, depois da vida, um valor inatingível, de toda refratária a aquele que promove a censura. Algumas decisões tomadas monocraticamente pela nossa Corte Suprema, onde a Ministra Cármen Lúcia, em um momento histórico no Plenário, foi enfática ao dizer ao votar que "o cala boca já morreu", têm tomado um rumo de difícil reversão. O direito supralegal do Não-Retrocesso, há tempos assuntado, marca uma desventura na decretação de certas decisões que não são nada além de censura.

Mal sabiam os pares que, em suas ausências, com ou sem o consentimento (que foi dado, como já se vê hoje), seria o período do recesso forense marcado por atos de censura, por um lado, e de violência contra tal lídima Corte por criminosos, baderneiros e afins. O cenário do caos visto no plenário de julgamento, por onde passaram figuras marcantes do Direito, como se pode citar vários, sem prejuízo da grandeza de outros, como Francisco Rezek, César Peluso, Carlos Ayres Britto, Ellen Gracie, Victor Nunes Leal, Carlos Mário da Silva Velloso, Otávio Gallotti, Aliomar Baleeiro, Sidney Sanches e Evandro Lins e Silva, J. Moreira Alves, etc., apenas alguns que muito honraram o tribunal, deixa toda uma comunidade que se dedica ao direito atônita, pois não merece ver a barbárie, o vandalismo e a destruição de um local tão caro e sagrado a quem está na lida do Direito.

Volte-se, porém, ao mundo kelseniano do *dever-ser*. Diz a Constituição:

> TÍTULO II
>
> DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

(g.n.)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - ...

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir- se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;"[16]

Ao ler o texto legal, é imperioso admitir, ainda que se valendo de instrumentos ou axiomas *supralegais* (como é o princípio da proporcionalidade – utilidade, necessidade e em sentido estrito), que a *censura* é proibida no Brasil.

O artigo 5º, pelos incisos citados, criou um microssistema de combate à *censura*, não apenas o legislador originário institui os *tipos de conduta* a que se veda, absolutamente, qualquer meio de sanção capaz de censurar alguém, como ele fornece, desde logo, o mecanismo jurídico condizente e consequente ao caso.

Assim, a fim de sistematizar a *vexata quaestio*, tem-se que:

1) Liberdade de pensamento;

2) Direito de resposta, proporcional ao agravo;

3) Liberdade de consciência e crença, e a inviolabilidade dos seus locais de exercício;

4) Crença religiosa, ou convicção filosófica ou política;

5) Por fim e não menos importante, muito ao contrário, as liberdades de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação.

E não para por aí. Com o escopo de pôr fim, *a priori* – ou deveria ser assim – a um possível debate sobre a suposta existência de um censor, é a Constituição de 1988 taxativa ao impor a vedação.

Ou seja, a cada um dos casos, uma solução:

a) Ao caso 1, proíbe-se o anonimato, de todo modo (ausência de identificação do autor intelectual e uso de pseudônimo);

b) Ao caso 2, evidente é o caso de resposta, proporcional ao agravo;

c) Proteção aos locais de culto e sua liturgia;

d) Nos famosos "Presídios e Penitenciárias", a liberdade de ali haver pregação religiosa aos que querem;

e) A proibição **expressa** da censura.

Poder- se-ia dizer que a violação à intimidade e inviolabilidade, do artigo 5º, X, da CR/88, têm caráter e essência meramente para soluções cíveis porque prevê uma reparação moral e material. Apesar disso, o Código Penal também se encarrega de valorá-los como condutas criminais.

E esse é o ponto.

A *expressão do pensamento livre* deveria ganhar força, seja quem fosse o injuriado-caluniado-difamado, ou inclusive aos próprios preceitos primários de tais delitos têm mostrado que o eg. STF, via medidas cautelares e monocráticas (e por se tratar de um Tribunal, um fala por todos), por muito menos, tem tolhido direitos fundamentais de pessoas, numa censura que, tristemente, deve chegar à casa de centenas.

16 Constituição Federal, planalto.gov.br.

O objeto que quer se afastar, via mandado judicial, cuida-se de um remédio amargo e que não fará evoluir, pelo contrário, é um *tiro de canhão para se extirpar um mosquito*, ou uma medida cautelar que, como se fosse mágica, faz varrer a *liberdade de expressão.* É bom que se diga que o que vem ocorrendo no Brasil é o uso constante, sem critérios constitucionais, ao invés, escolhas inconstitucionais, dando azo a uma verdadeira *"caça às bruxas"*. Ao contrário dos EE.UU., no Brasil não existe a cultura de preservação a todo custo da *liberdade* e da *segurança jurídica* (previsibilidade dos direitos e deveres) dos cidadãos, para que sejam fundados outros institutos elementares do direito.

Ante o exposto, está-se convicto que: 1) o direito à vida precede não somente à liberdade de expressão, como 2) o direito de livre manifestação do pensamento precede a todos os demais direitos e somente é passível de reparação *in natura (como no caso do direito de resposta proporcional ao agravo)*, o u *compensação econômica suficiente à repressão geral e especial,* mas jamais sob censura, muito menos justificando o encarceramento pela mera expressão do pensamento.

Sobre o tema, a Constituição dos Estados Unidos – que é, de fato, o país da liberdade em todos os aspectos, especialmente na liberdade de expressão (a ver sua jurisprudência em *Huster Magazine, Inc. v. J. Falwell*, em 1987) – estampa na sua *First Admendment* (Primeira Emenda), do chamado *Bill of Rights*, logo com a primazia que deve ter esse direito, sua característica intrínseca de vocação a se expressar, ainda que o conteúdo cumpra alguns requisitos. Melhor que falar a respeito é transcrevê-la.

Lê-se:

> First Admendment:
>
> (First Amendment Explained;)
>
> Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; **or abridging the freedom of speech, or of the press;** or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.[17]

Ora, quando se faz uso da liberdade de expressão para sustentar um discurso claramente em defesa (ou seria ataque?) da morte, seja a um indivíduo ou a um grupo de minoria, não é possível o mínimo de disseminação sob qualquer fundamento, seja ele de que tipo for.

Repita-se, pessoas estão a ser cassadas somente pelo uso normal e crítico, ou até mesmo pelo desvio ainda que mentiroso da palavra, que atualmente se dissemina como um *vírus* na internet, pois não há crime ou abuso de direito, fora do caso mencionado, que não possa ser repreendido e, na proporção da sua prática, ser reparado, via retratação (ou outra medida que não a censura), ou, quem sabe, por meio da indenização proporcional ao dano causado.

Assim, usa/abusa-se dos instrumentos capazes de censurar o outro por qualquer motivo, por ser a expressão ou alteração da verdade, quando lhe convém. Evidentemente, ninguém jamais fica feliz com a mentira, mas se regozija com a verdade.

Ao ensejo, veio a calhar a 13ª edição do *Curso de Direito Constitucional*, de Alexandre de Moraes (2003 : 77-79).

> 11.1 Direito de Reposta ou de Réplica
>
> A consagração constitucional do direito de resposta proporcional ao agravo é instrumento democrático moderno previsto em vários ordenamentos jurídico-constitucionais, e visa proteger a pessoa de imputações ofensivas e prejudiciais a sua dignidade humana e sua honra.
>
> ...
>
> A Constituição Federal estabelece como requisito para o direito de resposta ou réplica a proporcionalidade, ou seja, o desagravo deverá ter o mesmo destaque, a mesma duração (no caso de rádio e televisão), o mesmo tamanho (no caso de imprensa escrita), que a notícia que gerou a relação conflituosa. A responsabilidade pela divulgação do direito de resposta é da direção do órgão de comunicação, e não daquele que proferiu as ofensas.
>
> ...
>
> 12 EXPRESSÃO DA ATIVIDADE INTELECTUAL, ARTÍSTICA, CIENTÍFICA E DE COMUNICAÇÃO
>
> A liberdade de expressão e de manifestação de pensamento não pode sofrer nenhum tipo de limi-

17 https://constitution.congress.gov/constitution/amedment-1/, d.n.

> tação prévia, no tocante a censura de natureza política, ideológica e artística.
>
> ...
>
> A censura prévia significa o controle, o exame, a necessidade de permissão a que se submete, previamente e com caráter vinculativo, qualquer texto ou programa que pretende ser exibido ao público em geral. O caráter preventivo e vinculante é o traço marcante da censura prévia, sendo a restrição à livre manifestação de pensamento sua finalidade antidemocrática.
>
> O texto constitucional repele frontalmente a possibilidade de censura prévia. Essa previsão, porém, não significa que a liberdade de imprensa é absoluta, não encontrando restrições nos demais direitos fundamentais, pois a responsabilização posterior do autor e/ou responsável pelas notícias injuriosas, difamantes, mentirosas sempre será cabível, em relação a eventuais danos materiais e morais.
>
> Como salienta Miguel Ángel Ekmekdjian, a proibição à censura prévia, como garantia à liberdade de imprensa, implica forte limitação ao controle estatal preventivo, mas não impede a responsabilização posterior em virtude do abuso no exercício desse direito.
>
> ...
>
> A liberdade de imprensa em todos os seus aspectos, inclusive mediante a vedação de censura prévia, deve ser exercida com a necessária responsabilidade que se exige em um Estado Democrático de Direito, de modo que o desvirtuamento da mesma para o cometimento de fatos ilícitos, civil ou penalmente, possibilitará aos prejudicados plena e integral indenização por danos materiais e morais, além do efetivo direito de resposta.[18]

Normas infraconstitucionais, sabe-se bem, anteriores ou posteriores à 1988, pelo axioma ou princípio da máxima eficácia das garantias individuais, somente podem ter *interpretação conforme* para reforçar os mecanismos de defesa desse microssistema, nunca para enfraquecê-lo.

Ou seja, também tipos penais incriminadores. A defesa do bem jurídico *Democracia* obriga o combate à censura, pois a liberdade de manifestação é corolário daquela.

Daí que, a censura em si, pode ser chamada a operar em algum caso, mas não tem como preceito penal secundário suficiente à, por exemplo, gerar o efeito pretendido pelo censor – como a prisão do agente –, como nos casos que fogem ao seu perímetro de abrangência, hoje mais corriqueiro e veloz, como se dá com a internet. Pouco importa ao censor, que acaba por cumular determinada conduta a ser censurada a outros crimes acessórios, na clara intenção de legitimar o ato constritivo da prisão.

De tal monta, faz incidir, em abstrato – o que não conseguiria ser feito em concreto – a soma dos preceitos secundários de crimes que "decorrem" de outros na esfera comportamental: assim, lança-se mão, para justificar o *quantum* da eventual concorrência material de delitos, a fim de que se possa, ao concluir a decisão, alcançar o máximo de anos e sanções em abstrato possíveis, até o patamar que motive sua pretensão de prender alguém dentro das regras da lei, no único intuito, aparentemente, de trancafiar o censurado.

Pense-se em vários exemplos de tipos penais que repelem uma conduta não amparada na legalidade, senão pela sua existência lógica. Assim se dá com o crime de *lavagem de dinheiro,* como os crimes de *organização criminosa* e d e *associação criminosa para o tráfico de entorpecentes ilícitos*, cujas penas extrapolam em muito ao resultado prático ansiado, qual seja, a prisão do autor.

Ultimamente, também outros crimes servem ao édito prisional. Fala-se em *crime contra o Estado Democrático de Direito*, em vigor, merece uma interpretação conforme pois os o povo, que não é uma coletividade mágica ou metafísica criada pelo legislador, desautoriza a censura e, assim sendo, não se pode praticar a livre e plena *liberdade de expressão* se o agente policial, ou judicial, o impede. O que não se pode aceitar é que o próprio órgão julgador defina, de pronto, quais são as condutas penais, se não houve sequer a avaliação do Ministério Público, titular da ação penal em um sistema acusatório verdadeiro.

É óbvio que a destruição de patrimônio público, seja ele qual for, ainda mais as sedes dos Três Poderes, deve responsabilizar o agente, dentro das penas previstas. Ao Ministério Público – e somente a ele – é dado dizer a incursão a quais delitos se subsumam.

Tempos estranhos os presentes; cabem, e têm que caber, recurso aos pares, para que pre-

18 Destaque no original. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 13ª edição, 2003.

valeça um requisito elementar, muito mais que um princípio, de colegialidade. A temperança e a visão distante e fria dos juízes, por mais difícil que possa parecer, é a única visão do Direito derivado da lei.

Sobre o tema, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, são aqueles doutrinadores quem melhor sistematizam, em um *Curso de Direito Constitucional*, as posições a respeito do tema. Cercam a doutrina e a jurisprudência brasileira, bem como a jurisprudência estadunidense e alemã, embora cheguem, sem maiores digressões à pertinência e adequação, sem essa denominação, ao adotarem a Teoria Negativista da Liberdade de Expressão, não obstante a citação do amplo espectro constituído nos casos decididos na *Supreme Court* estadunidense. Confira-se:

> 1. LIBERDADES DE EXPRESSÃO
>
> ...
>
> É frequente que se diga que 'a busca da verdade ganha maior fecundidade se levada a cabo por meio de um debate livre e desinibido'. A plenitude da formação da personalidade depende que se disponha de meios para conhecer a realidade as suas interpretações, e isso como pressuposto mesmo para que se possa participar de debates e para que se tomem decisões relevantes. (...) O argumento democrático acentua que o 'autogoverno postula um discurso político protegido das interferências do poder'.
>
> ...
>
> O ser humano se forma no contato com o seu semelhante, mostrando-se a liberdade de se comunicar como condição relevante para a própria higidez psicossocial da pessoa. O direito de se comunicar livremente conecta-se com a característica da sociabilidade, essencial ao ser humano.
>
> 1.1. Conteúdo da Liberdade de Expressão
>
> ...
>
> A liberdade de expressão, contudo, não abrange a violência. Toda manifestação de opinião tende a exercer algum impacto sobre a audiência – esse impacto, porém, há de ser espiritual, não abrangendo a coação física. *(Teoria do Perigo/Dano Iminente)*
>
> ...
>
> A liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, tem, sobretudo, um caráter de pretensão a que o estado não exerça censura.
>
> Não é o Estado que deve estabelecer quais as opiniões que merecem ser tidas como válidas e aceitáveis; essa tarefa cabe, antes, ao público a que estas manifestações se dirigem (...)
>
> ...
>
> A proibição da censura não obsta, porém, a que o indivíduo assuma as consequências, não só cíveis, como igualmente penais, do que se expressou.
>
> 4. Limitações ao direito de expressão
>
> A liberdade de expressão encontra limites previstos diretamente pelo constituinte, como também descobertos pela colisão desse direito com outros de mesmo *status*.
>
> ...
>
> (...) Isso não impede que, no Brasil, sejam editadas leis, com o fito de preservar valores relevantes da juventude, restringindo a liberdade de expressão. Isso porque não são apenas bens jurídicos mencionados expressamente pelo constituinte (como a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem) que operam como limites à liberdade de expressão.
>
> ...
>
> Com relação à criança e o adolescente, ademais, a Constituição determina que se conceda "absoluta prioridade" ao dever do Estado, da sociedade e da família, de assegurar esses jovens o direito à vida, à educação, à dignidade e à liberdade, fixando-se o propósito de colocá-los a salvo de 'toda forma de discriminação, violência, exploração, crueldade e opressão'.
>
> ...
>
> (...) A liberdade de expressão, portanto, poderá sofrer recuo quando seu conteúdo puser em risco uma educação democrática, livre de ódios preconceituosos e fundada no superior valor intrínseco de todo ser humano. (...)
>
> ...
>
> Não é apenas a necessidade de proteger a infância e a adolescência que figura causa, não explicitamente prevista, de limitação da liberdade de se expressar.
>
> ...
>
> (...) Assim, leis sobre segurança das vias de tráfego ou de proteção ao patrimônio ambiental ou turístico podem ter impacto restritivo sobre a liberdade de expressão, embora perseguindo objetivos outros, perfeitamente legítimos. (...) Procede-se, nesses casos, a uma concordância prática entre valores em

conflito, para assegurar a legitimidade da lei que tem por efeito colateral a interferência sobre o exercício da liberdade de expressão. O teste de validade da lei não exige critérios particularmente estritos, bastando que a deliberação legislativa se revele razoável ['*princípio' da razoabilidade*].

O teste de razoabilidade deve atender aos critérios informadores do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Merecerá crítica a lei que não responder ao requisito da necessidade – vale dizer, se for imaginável outra medida que renda o resultado esperado, mas com menor custo para o indivíduo.

...

Outro limite imanente à liberdade de expressão, também descoberto pela jurisprudência americana e espalhado mundo afora, refere-se a mensagens que provocam reações de violenta quebra da ordem [*Teoria do Perigo Iminente*]. Tais situações não compõem o âmbito de proteção da liberdade de expressão, estando excluídas dos limites internos desse direito. A palavra que provoque um perigo claro e imediato de quebra da ordem – como no exemplo clássico do grito de FOGO!, produzindo falso alarme sobre incêndio num teatro lotado – não constitui exercício da liberdade de expressão.

Dessa doutrina também resulta que palavras belicosas – *Fighting words* – tampouco estariam abrangidas pela liberdade. Palavras que configuram estopins de ação, em vez de pautas de persuasão, não se incluem na garantia constitucional *[Teoria do Perigo Iminente*]. Isso não pode significar, contudo, que palavras duras ou desagradáveis estejam excluídas do âmbito de proteção da liberdade de expressão. A diferença entre uma discussão robusta e uma diatribe repelida pela Constituição está em que, no primeiro caso, há chance e oportunidade de se corrigirem os erros do discurso, expondo a sua falsidade e as suas falácias, evitando um mal por meio de um processo educativo. Nesses casos, o remédio seria mais liberdade de expressão, mais discurso. No caso desviado da Constituição, esta perspectiva não existe.

...

Por outro lado, o discurso de ódio, entre nós, não é tolerado. O STF assentou que incitar a discriminação racial, por meio de ideias anti- semitas, 'que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e observadoras de fatos históricos incontroversos como o Holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu', constitui crime, e não conduta amparada pela liberdade de expressão, já que nesta não se inclui a promoção do racismo [*Teoria Negativista*]. Devem prevalecer, ensinou o STF, os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

1. A verdade como limite à liberdade de expressão

...

A informação falsa não seria protegida pela Constituição, porque condiziria a uma pseudo-operação da formação da opinião. (...) Argumenta-se que, para se exercitar o direito de crônica, que está intimamente conexo com o de receber informações, será mister que se atenda ao interesse da coletividade de ser informada, porque através dessas informações é que se forma a opinião pública, e será necessário que a narrativa retrate a verdade.

...

No Brasil, Paulo José da Costa Júnior também não se basta com a mera verossimilhança como fator de correção de conduta sob o pálio da liberdade de imprensa. A seu ver, 'degradar-se a verdade à verossimilhança significa conferir à imprensa uma imunidade sem limites e admitir graciosamente uma causa de justificação.'

2. Expressão, honra e sensibilidade

...

Não quer isso dizer que apenas notícias agradáveis sejam lícitas. A informação sobre o personagem de um evento pode-lhe ser ofensiva e não haverá ilicitude, desde que os termos empregados sejam condizentes com o intuito de informar assunto de interesse público.

A charge política suscita, por vezes, questões interessantes, em que se há de ponderar a liberdade de expressão com a proteção da honra. Essa modalidade de jornalismo, em geral, não costuma agradar ao retratado. Tem sido, entretanto, admitida em princípio, como lícita manifestação da liberdade de expressão. Ao intuito de crítica pelo riso, é ínsita a forma jocosa. Se assume conotação ofensiva à honra ou a privacidade do caricaturado, entretanto, não tem por que ser protegida. A latitude de tolerância depende, novamente, do sentimento geral da sociedade com relação à crítica, às vezes mordaz, que peculiariza a charge.

...[19]

19 "Nos Estados Unidos, há conhecido precedente aceitando como incluída na liberdade expressão até a Alemanha, por outro lado, manteve-se, no Tribunal Constitucional, condenação de caricaturista que desenhara certo agente político em atitudes bestiais. A Corte afirmou que 'a interferência com o núcleo da sua dignidade humana (...) não é coberta pela liberdade artística' (75, BVerfGE, 369)."

5. *Proibição das manifestações em casos concretos*

...

Já se viu que a Constituição repudia a censura, proclamando ilegítimo que se proíba a divulgação de certos conteúdos opinativos sem prévia autorização do Estado. O veto à censura não significa, todavia, impedimento de sanções 'uma vez que, depois de haver disseminado uma opinião, pode-se ser chamado para defender a sua licidade [sic] perante os Tribunais.

Assim, o comportamento não protegido pela liberdade de expressão, que viola direito fundamental de outrem, pode vir a motivar uma pretensão de reparação civil do dano ou mesmo ensejar uma reprimenda criminal.

Tem-se controvertido, entretanto, sobre a possibilidade de se obstar, preventivamente, a expressão quando hostil a valor básico da ordem constitucional.

Num ponto há acordo: não é viável a censura por parte de órgão da Administração Pública.

...

De um lado, sustenta-se que a proscrição à censura prévia seria obstáculo intransponível para que, até mesmo o Judiciário restringisse, em qualquer hipótese, a liberdade dos meios de comunicação. (...) Diz-se, nessa linha, por exemplo, que, 'na maioria das vezes, o direito invocado pode ser perfeitamente composto com a indenização por dano moral, o que é melhor solução do que impedir a livre expressão.

Em outro polo, argumenta-se que a interpretação adequada da Constituição reclama a proteção preventiva do direito fundamental em vias de ser agredido. Gilmar Ferreira Mendes, nessa orientação, não hesita em afirmar 'evidente que o constituinte não pretendeu assegurar apenas eventual direito de reparação ao eventual atingido', observando que a garantia constitucional da efetiva proteção judicial estaria esvaziada 'se a intervenção [judiciária] somente pudesse se dar após a configuração da lesão. (...) indenização somente faz sentido 'nos casos em que não foi possível obstar a divulgação ou a publicação da matéria lesiva aos direitos da personalidade'. (...) Dada a relevância e a proeminência dos valores em entrechoque, é claro que se exige máxima cautela na apreciação das circunstâncias relevantes para solver o conflito. Mas, se é possível, de antemão – sempre na via judiciária, de acordo com o devido processo legal – distinguir uma situação de violência a direito de outrem, não atende à finalidade do direito deixar o cidadão desamparado, apenas para propiciar 'um sentimento de responsabilidade entre os agentes criativos em geral'. Se um indivíduo se defronta com iminente publicação de notícias que viola indevidamente a sua privacidade ou a honra, há de lhe reconhecer o direito de exigir, pela via judiciária, que a matéria não seja divulgada. Não há por que cobrar que aguarde a consumação do prejuízo ao seu direito fundamental, para, somente então, vir a buscar uma compensação econômica. Veja-se que quando se tem por assentado o bom fundamento do pedido de indenização, isso significa que a matéria não tinha o abono do Direito para ser publicada, antes mesmo de consumado o dano.[20]

É passada a hora do Ministério Público brasileiro trazer a si o que já lhe foi conferido pela Constituição *cidadã*, o protagonismo, como titular da ação penal, deixando que ao Magistrado fique restrito ao que deve ser apontado pelo acusador, sob pena de julgar à sua conveniência, fato que o torna, ao fim e ao cabo, um mero instrutor processual e seu próprio julgador, ao fim (em tipos penais "abertos", como, por exemplo, do artigo 359-L, do Código Penal).

Portanto, seja feita uma última observação técnica: não é possível "tirar do ar" conteúdos que estão sob domínio internacional. VPN's (*Virtual Private Network*, em inglês) colocam o nacional em uma posição de "estarem" fora do país; na verdade, os seus conteúdos.

A crítica, seja para o bem ou para o mal, verdadeira ou falsa, e sua (des)informação veio para ficar, e como o próprio STF já decidiu, não há direito ao esquecimento. Que ele escreva por belas linhas e bela letra sua história, feita de grandes juristas.

Por fim, observa-se que o mesmo sangue mineiro libertário que corria nas veias do mais importante herói do Brasil, Joaquim José da Silva Xavier, o "Tiradentes", ficou estampado e imortalizado em nossa bandeira no *"Libertas quae sera tamen"* (Liberdade ainda que tardia), que ainda, em tempo, deveria sensibilizar alguns ministros do STF.

Sobre o Paternalismo do Estado Social, Ronald Dworkin (2005:343) chega à conclusão de que um dos bens públicos passíveis de consenso de ser realizados e materializados é a linguística:

> Isso é paternalismo? Agora precisamos de mais distinções. O paternalismo é primitivo quando os que estão no poder agem contrariando as preferências dos que governam, embora o façam, supostamente, no interesse destes. A polícia faz as pessoas usa-

20 MENDES, Gilmar Ferreira, *et al. Curso de Direito Constitucional*, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 360-377.

> rem cintos de segurança ou evitar associações sexuais heterodoxas, apesar de seus gostos ao volante e no sexo. O paternalismo é mais refinado quando os que estão no poder tentam não opor-se a preferências já estabelecidas, mas criar preferências que consideram desejáveis e evitar as que consideram nocivas. Esse é o paternalismo de boa parte da educação moral, por exemplo, e a justificativa de boa parte da censura. Proteger a linguagem do aviltamento ou corrupção estrutural não é nenhum desses tipos de paternalismo. Não se opõe, como o paternalismo primitivo, às preferências de ninguém. Tampouco almeja, como o paternalismo sofisticado, criar ou impedir preferências identificadas de antemão como boas ou más. Pelo contrário, permite uma escolha maior, não menor, pois é exatamente nesse aspecto que acreditamos que as pessoas estão em melhor situação com uma linguagem mais rica do que com uma linguagem mais pobre. Nossa aversão ao paternalismo oferece uma razão favorável, não contrária, a nos nomearmos curadores da estrutura das oportunidades linguísticas.[21]

O Professor José Alfredo de Oliveira Baracho:

> As propostas de R. Dworkin a favor da plenitude do sistema jurídico e as objeções de R. Alexy, criticando as resoluções fundadas em irredutibilidades, cobram valor quando se vinculam às normas concretas e determinadas.
>
> A ambiguidade da norma constitucional, tem sido uma permanente evocação da doutrina e da judicatura constitucional de Dworkin. Dworkin entende que em cada ordenamento jurídico devemos distinguir três elementos: 'rules', 'policies' e 'principles'. A determinação dos princípios exige um labor argumentativo para localizá-los em certo ordenamento jurídico. Para este autor, existem insuficiência da lei e da inviabilidade da jurisprudência mecanicista e silogística, pelo menos nos casos difíceis.[22]

Por fim, parece que POSNER (1986, p. 24), em seu ensaio, com uma veia econômica do direito à liberdade de expressão, também se filia ao entendimento ora adotado.

Veja-se, em seu ensaio a respeito do tema:

> The ideas that exercise people today, such as Freud's theory of the unconscious, the ideas of sociobiology, the Marxist approach to economics, concepts of racial and sexual equality, or gradual versus punctuated evolution, are similarly not susceptible at present of confirmation or refutation. Their truth (defined for this purpose as the agreement of all persons deemed rational) will be resolved (if ever) only in a "marketplace of ideas" unfolding through decades, perhaps even centuries.[23]

3. CONCLUSÃO

Este trabalho teve como objetivo apresentar uma análise concisa sobre a censura, fundamentada na literatura pertinente.

O movimento acéfalo, por enquanto, do dia 8 de janeiro de 2023 deveria ser mais bem compreendido, mas este é um assunto para, se possível, um novo trabalho, especialmente depois das conclusões de Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – CPMI, instalada no Congresso Nacional, os apure, se e somente se, com altivez e imparcialidade política (o que não se vê, hoje, acontecer).

Ainda, para complementar, deve-se dizer que o Brasil, até em função da nova hermenêutica neoconstitucionalista, tem tratado a tipicidade legal, fora da subsunção, e pior, para os casos de omissão legislativa (ou insuficiente), a Suprema Corte brasileira está deixando de ter uma conduta passiva em processos no mínimo polêmicos (aborto, 'legalização' do uso de maconha, etc.).

---

21 *Ibidem*, p. 558.

22 *Ibidem*, p. 464.

23 POSNER, Richard A. *Free speech in a encomic perspective*. SUFFOLK UNIVERSITY LAW REVIEW. Por fim, sua conclusão: *To sum up very briefly, I have tried to examine the major features of the constitutional law of freedom of speech and of the press from an economic standpoint. Many features of that law seem consistent with an economic approach; others seem* not to be. Without a fuller examination of the background of the first amendment and the principles of constitutional interpretation, it would be irresponsible to urge that the law be changed in the direction that economic analysis indicates; and, as I noted, the indicated changes may be few. But limited as its implications for legal reform may be, the economic approach sketched in this article provides a considerable challenge to conventional thinking. Apart from my general attempt to unify the law of the first amendment in a modified version of Learned Hand's free-speech formula in the Dennis case, I would stress as novel aspects of my analysis a new argument against censorship and a new ground for a limited allowance of censorship; a new argument for treating incidental restrictions on speech more leniently than direct restrictions even when the amount of speech suppressed is the same; my analysis of the external harms from speech; the use of the size of actual and potential audience as a simple proxy for the value of speech; a new basis for distinguishing between political speech on the one hand and commercial and pornographic speech on the other (by reference to the greater importance of external benefits in the former category than in the latter categories); the bearing on free-speech questions of positive social discount rates; and the distinction between protecting the creation and the dissemination of ideas. I look forward to seeing whether anyone will pick up the gauntlet thus thrown down. Maiores considerações sobre as ideias de Richard A. Posner, ver: Posner (1981, 2008, 2009, 2014).

No dia 8 de janeiro de 2023 presenciou-se atos de vândalos. Mas ali também pessoas que foram em direção às instituições e invadiram os 3 Poderes, muito mais por acreditarem que a tomada *física* seria o primeiro passo para uma mudança de ideias, após terem se reunido em protestos em suas próprias cidades.

É facílimo condenar as pessoas que ali estiveram. Devem ser todos punidos. Por coincidência, o prédio legislativo norte-americano (*Capitol*) já havia sido invadido e destruído por vândalos daquele país há pouco tempo, estão sendo condenados. Porém, ao **líder** daquele levante, foi fixada a pena máxima de 3 (três) anos, sem se referir ao caso de tiroteio naquele local, eis que lá houve uma repressão armada.

Infelizmente, no Brasil, a par da pessoa ter a vontade e desígnio de depredar ou causar dano ao patrimônio público, outros(as) apenas por terem invadido um prédio público e ter ser fotografado (a vaidade das *Redes Sociais*, que não passa de autopromoção como *Amante da Pátria*) e que o fez em *movimento de manada*, tem-se chegado a condenar as pessoas a penas de 14, 15, 16 anos, fora de qualquer proporcionalidade, dentro de suas três facetas, ou seja, necessidade, adequação e proporção em sentido estrito.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005.

MAULTASCH, Gustavo. Contra toda censura: Pequeno Tratado sobre a Liberdade de Expressão. Ed. Avis Rara, 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al*. *Curso de Direito Constitucional,* 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 13ª edição, 2003.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 9. ed. Nova York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

POSNER, Richard A. Free speech in an economic perspective. *Suffolk University Law Review*, v. XX, n. 1, 1986.

POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

POSNER, Richard A. *Law and Literature*. 3. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *Direito Constitucional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: editora Del Rey, 2005.

DA POSSIBILIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO UTILIZAR AS PROVAS PRODUZIDAS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO PENAL PÚBLICA

MARCUS VALÉRIO COSTA COHEN

DA POSSIBILIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO UTILIZAR AS PROVAS PRODUZIDAS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO PENAL PÚBLICA

MARCUS VALÉRIO COSTA COHEN

PROFESSOR ORIENTADOR: ADILSON DE OLIVEIRA NASCIMENTO.

RESUMO: A presente pesquisa científica tem por objetivo apresentar proposições reflexivas a respeito da possibilidade, legalidade e viabilidade do Ministério Público utilizar – no todo ou em parte - o material probatório produzido no bojo da investigação criminal defensiva instaurada e conduzida pelo advogado do ofendido. Reforçará a prescindibilidade do inquérito policial como modelo de investigação criminal antecessora da denúncia ou queixa, e que a excessiva demora na sua tramitação - por deficiência estrutural da polícia judiciária - prejudica a efetividade da defesa da ordem jurídica e a consequente promoção da ação penal. Para tanto abordará alguns modelos de investigações de natureza criminal realizados por outros órgãos públicos, cujos elementos probatórios também poderão ser utilizados para viabilizar a persecução penal. O estudo também apresentará suscintamente o instituto da investigação defensiva normatizada pelo Provimento CFOAB nº 188/2018, que regulamenta a investigação criminal de natureza privada, demonstrando a legalidade e veracidade dos atos praticados por advogado como instrumento de prova lícita, bem como a legitimidade do ofendido – por intermédio de seu advogado - para diretamente investigar o delito que o vitimou visando ao ajuizamento de ação civil *ex delicito*. O artigo, embora critique o inquérito policial como modelo de investigação criminal ordinário, não pretende contrapô-lo, mas apresentar uma nova possibilidade de investigação criminal a ser aproveitada pelo Ministério Público.

PALAVRAS-CHAVE: investigação defensiva; ministério público; denúncia; possibilidade; CFOAB

ABSTRACT: The present scientific research aims to present reflective propositions regarding the possibility, legality and viability of the Public Prosecutor's Office using - in whole or in part - the evidentiary material produced in the context of the defensive criminal investigation initiated and conducted by the offended party's lawyer. It will reinforce the indispensability of the police investigation as a model of criminal investigation preceding the accusation or complaint, and that the excessive delay in its processing - due to structural deficiency of the judicial police - harms the effectiveness of the defense of the legal order and the consequent promotion of criminal action. To this end, it will address some models of criminal investigations carried out by other public bodies, whose evidence can also be used to facilitate criminal prosecution. The study will also briefly present the institute of defensive investigation standardized by CFOAB Provision No. 188/2018, regulating criminal investigation of a private nature, demonstrating the legality and veracity of acts performed by lawyers as an instrument of lawful evidence, as well as the legitimacy of the offended party - through his lawyer - to directly investigate the crime that victimized them with a view to filing a civil action *ex delicito*. The article, although it criticizes the police investigation as a model of ordinary criminal investigation, does not intend to oppose it, but to present a new possibility of criminal investigation to be taken advantage of by the Public Prosecutor's Office.

KEY WORDS: defensive investigation; public prosecutor's office; denunciation; possibility; CFOAB.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO 301

2 - INVESTIGAÇÃO CRIMINAL 301

2.1 - INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PÚBLICA 302

2.2 - INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PRIVADA 303

2.3 - PLAUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO LASTREAR A AÇÃO PENAL COM BASE NO MATERIAL PROBATÓRIO AMEALHADO NOS AUTOS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA 305

3 - CONCLUSÃO 307

REFERÊNCIAS 308

1- INTRODUÇÃO

A investigação criminal tem por finalidade "subsidiar o oferecimento da denúncia ou da queixa pelo titular da ação penal", fornecendo ao Ministério Público ou ao querelante elementos mínimos atinentes ao fato delituoso (materialidade e autoria), colhendo material probatório e informações atinentes às circunstâncias em que o delito foi praticado, bem como a identificação do seu autor, visando, ao final, possibilitar a eventual deflagração de ação penal, sendo o inquérito policial a investigação mais usual.

Não obstante haver previsão legal para a regular tramitação do inquérito policial, a prática forense demostra que os prazos para sua conclusão dificilmente são cumpridos, principalmente em se tratando de inquérito policial com investigado solto, podendo o prazo ordinário de 30 dias ser indefinidamente prorrogado, mediante pedido de dilação formulado pelo delegado de polícia, contando quase sempre com a anuência do promotor de justiça e a chancela do juiz de direito. Contudo, essa "eternização" na tramitação do inquérito policial pode causar sérios prejuízos de natureza processual e material, como a impunidade de autores de delitos beneficiados pela extinção da punibilidade diante da prescrição da pretensão punitiva, bem como inviabilizar que o ofendido possa pleitear o ressarcimento do prejuízo material e/ou moral suportado mediante o instituto da ação civil *ex delicto*.

Porém, a polícia judiciária não detém o monopólio para a promoção de investigação criminal. Outras autoridades públicas também podem instaurar e conduzir investigações criminais, como o próprio Ministério Público mediante o procedimento investigatório criminal.

Nesse sentido, a Ordem dos Advogados do Brasil editou o Provimento CFOAB nº 188, de 11/12/2018, normatizando e regulamentando a possibilidade do próprio advogado privado instaurar e conduzir procedimento investigatório de natureza criminal em favor de seu constituinte (investigação defensiva). Embora a lógica da investigação defensiva seja voltada para a defesa do investigado/processado pelos órgãos da persecução criminal, nada obsta que o instituto também seja utilizado para a defesa dos interesses do ofendido, podendo a investigação defensiva ser utilizada como instrumento para a coleta de material probatório visando ao ajuizamento de futura ação penal privada, ou encaminhá-la diretamente ao Ministério Público para subsidiar a deflagração de ação penal pública.

Muito embora exerça o advogado contratado pelo ofendido atividade privada, a Constituição Federal outorgou-lhe múnus público por ser "indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei", possuindo, no exercício da função, presunção *juris tantum* de veracidade e legitimidade pelos atos praticados em favor de seu constituinte.

Nesse contexto, a presente pesquisa científica tem como marco teórico a doutrina apresentada pelo professor Franklyn Roger Alves Silva sobre o tema "investigação criminal direta pela defesa", abordando conceitos teóricos do Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Processual Civil e Direito Constitucional, de natureza exploratória e conhecimento prático vivenciado na promotoria de justiça criminal para analisar a (im)possibilidade do Ministério Público aproveitar, no todo ou em parte, o material probatório produzido no bojo da investigação criminal defensiva, partindo do raciocínio lógico e conceitual dos institutos, procurando demonstrar a viabilidade da confirmação da hipótese apresentada para ao final, confirmar ou refutar a premissa inicial.

2 - INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Investigar significa "seguir os vestígios, as pistas, os sinais, os indícios de (...)" (Dicio, 2024).

Juridicamente compreende um processo escrito, formal, cronológico, tendo por finalidade amealhar provas de um fato visando ao final servir de fundamentação para a tomada de alguma medida ou decisão.

Na seara criminal, a investigação tem por finalidade apurar a prática de um fato delituoso (com todas as suas circunstâncias) e identificar o responsável (autoria). Verificar se o fato investigado é tipificado ou não como crime ou contravenção pela legislação vigente, amealhar material probatório relativo à materialidade, bem como indicar e individualizar a conduta do provável autor para que o destinatário final da investigação possa

promover a devida ação penal, ou apresentar fundamentação para sua desnecessidade.

Marta Saada assim o define:

> A investigação criminal é a pesquisa sistemática e sequente do objeto, utilizando os meios de apoios técnicos disponíveis, e desenvolve-se pela informação, por meio de fontes regulares ou estimuladas, pela indagação técnica e pela posterior instrumentação, dependente dos recursos técnicos disponíveis. Já a instrução consiste em atividade tendente a produzir prova do fato criminado, comunicando-o ao Judiciário (SAAD, 2004, p. 166).

2.1 - INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PÚBLICA

De todos os modelos de investigação criminal existentes na legislação pátria, o inquérito policial constitui, por excelência, o mais utilizado para "a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais" (Brasil, 2013).

Instaurado e conduzido exclusivamente pelo delegado de polícia, o inquérito policial é um procedimento escrito e formal (art. 9º e 10, ambos do CPP), sigiloso (art. 20, do CPP), indisponível (art. 17, do CPP), de natureza inquisitória, sem contraditório e com condução discricionária dos atos de investigação. Visa propiciar justa causa para a deflagração de futura ação penal pública ou privada (ou demonstrar desnecessidade dessa medida), preservando as provas obtidas e os meios de sua obtenção (Brasil, 2013).

Renato Brasileiro Lima assim o conceitua:

> Procedimento administrativo inquisitório e preparatório, presidido pela autoridade policial, o inquérito policial consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo (LIMA. 2017. p. 105).

Embora constitua a forma de investigação criminal prevista no Código de Processo Penal, sua instauração não é obrigatória, sendo dispensável para a persecução penal, conforme disposição contida no parágrafo 5º, do artigo 39, do CPP: "O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal" e conforme jurisprudência consolidada[1], a ação penal pode valer-se de outros elementos probatórios relativos à materialidade e autoria de fato delituoso.

Não constituindo exclusividade da polícia judiciária o poder investigatório de natureza criminal, poderá o Ministério Público utilizar-se de investigações criminais oriundas de outros entes (públicos ou privados) diante da sua prescindibilidade.

Conquanto não haja exclusividade da polícia judiciária na promoção da investigação criminal de natureza pública, mas somente privatividade do delegado de polícia na instauração e condução do inquérito policial, outros agentes da Administração Pública, dentro de suas atribuições e prerrogativas funcionais, também possuem legitimidade para instaurar e realizar investigações e/ou fiscalizações, e ao tomarem conhecimento de fato supostamente delituoso, deverão encaminhar cópias dos documentos ao Ministério Público. O *Parquet* poderá determinar o arquivamento (por entender ser o fato atípico), determinar o prosseguimento da apuração (por intermédio de inquérito policial ou procedimento de investigação criminal), ou promover desde logo a ação penal, quando constatar indícios de autoria e de materialidade delitiva apurados na investigação e/ou fiscalização.

No Poder Judiciário, a Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, preconiza que "quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação" (Brasil, 1979).

No Poder Legislativo, a Constituição Federal de 1988, recepcionando a Lei nº 1.579, de 18 de março de 1952, atribui às Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI, prerrogativa para instaurar e instruir investigação de natureza cível ou criminal com "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais" (Brasil, 1988).

Outras autoridades públicas também possuem prerrogativas para instaurar e conduzir investigação e fiscalização e "quando o inquérito,

1 STJ. AgRg no AREsp 1.374.735: "Eventual vício na prisão em flagrante ou no inquérito policial não tem o liame de contaminar a ação penal, dada a natureza meramente informativa das peças processuais e sua dispensabilidade na formação da *opinio delicti*".

instaurado de acordo com o § 2º do art. 9º, concluir pela ocorrência de crime de ação pública, a Comissão de Valores Mobiliários oficiará ao Ministério Público, para a propositura da ação penal" (Brasil, 1979).

Ademais, toda a legislação nacional determina que a autoridade pública, ao constatar indício de prática de delito de ação pública, deverá encaminhar cópia ao Ministério Público, para conhecimento e medidas cabíveis[2].

O Supremo Tribunal Federal já vinha entendendo que a atividade investigatória criminal não é exclusiva da polícia judiciária, e que o Ministério Público pode instaurar e conduzir suas próprias investigações criminais[3]. Normatizando esse entendimento jurisprudencial, em 2017 o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 181/2017, definindo o procedimento investigatório criminal como:

> [...] instrumento sumário e desburocratizado de natureza administrativa e investigatória, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de iniciativa pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal[4] (CNMP, 2017).

Por se tratar de uma investigação criminal de natureza pública, o promotor de justiça condutor da investigação possui poderes similares ao do delegado de polícia na condução do procedimento investigatório criminal, tais como instrução, ordenação, coação, requisição, fiscalização e autorização, prerrogativas estas extensivas advindas das leis orgânicas que regem o Ministério Público[5].

Importante salientar que embora sejam o inquérito policial e o procedimento investigatório criminal investigações criminais de natureza administrativa, de caráter inquisitorial, deve ser observada a regra estabelecida na Súmula Vinculante nº 14, possibilitando seu acesso ao investigado, desde que já realizados e que não estejam sob segredo.

> É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa[6] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL).

2.2 - INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PRIVADA

Após o Conselho Nacional do Ministério Público regulamentar a investigação de natureza criminal pelos promotores de justiça, e visando restabelecer o princípio da paridade de armas[7] entre acusação e defesa, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil normatizou o instituto da investigação defensiva, possibilitando que advogados privados possam instaurar e conduzir investigação de natureza criminal em benefício de seu constituinte.

O instituto da investigação defensiva, normatizado por intermédio do Provimento nº CFOAB 188/2018[8], tem por objetivo possibilitar que a defesa técnica do investigado e/ou processado em ação penal possa diretamente realizar atos investigatórios "visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte", conforme disposto em seu art. 1º:

Art. 1º Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de

2 CPP. Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.

3 STF. Repercussão Geral nº 593727-MG

4 CNMP. Resolução nº 181/2017, que "Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.)

5 Lei Complementar nº 75/1993 (Lei Orgânica do MPU) e Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica do MP).

6 Súmula Vinculante 14.

7 Princípio que estabelece igualdade de tratamento entre as partes do processo em relação ao exercício de direitos e deveres.

8 Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais.

acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte (OAB, 2018).

Embora o foco principal seja a defesa do investigado/processado, a própria norma possibilita que o advogado do ofendido também possa valer-se do instituto para o oferecimento de ação penal privada (queixa ou ação penal pública subsidiária)[9], conforme o parágrafo único do art. 3º:

> Art. 3º[ ]
>
> Parágrafo único. A atividade de investigação defensiva do advogado inclui a realização de diligências investigatórias visando à obtenção de elementos destinados à produção de prova para o oferecimento de queixa, principal ou subsidiária (OAB, 2018).

Essa espécie de investigação defensiva realizada diretamente pelo advogado do ofendido, tendo por objetivo colher material probatório visando subsidiar futura persecução penal é denominada por Franklyn Roger Alves Silva como "investigação criminal defensiva", sendo o mote do presente estudo e destina-se a quatro propósitos:

> [...] a - coleta de informações que permitam a elucidação de fatos não apurados pela autoridade policial ou Ministério Público; b – complementação de aspectos que a vítima pretenda trazer à atenção da acusação; c – coleta de informações que possam embasar contraditas aos fatos apurados pela autoridade policial ou Ministério Público; d – identificação de panorama probatório que pese contra o acusado e permissão de uma avaliação do seu comportamento na relação processual, a estratégia defensiva de reação à imputação (SILVA, 2022, p. 495).

Se existente inquérito policial previamente instaurado, o objetivo da investigação criminal defensiva não é de elucidação do fato criminoso (posto ser essa incumbência reservada à atividade da polícia judiciária), mas atuar supletivamente àquele, fornecendo ao delegado de polícia ou ao promotor de justiça elementos de prova e argumentos fáticos e jurídicos relevantes para o êxito da persecução penal oficial (SILVA, 2022, p. 496).

Lado outro, não existindo inquérito policial previamente instaurado, e a partir das informações prestadas pelo ofendido, o advogado condutor da investigação criminal defensiva poderá e deverá planejar a melhor estratégia investigativa, podendo valer-se de investigação realizada por detetive particular[10], apresentar laudos realizados por peritos particulares, juntar documentos públicos e privados, bem como realizar diretamente as demais diligências que entender pertinentes e necessárias[11].

Sendo o Provimento CFOAB nº 188/2018 mero ato normativo interno da classe dos advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil[12], não possui a referida norma o necessário poder coercitivo[13] e nem o atributo da imperatividade[14], impossibilitando seu cumprimento forçado e obrigatório por terceiros.

> Não obstante ser norma de abrangência restrita aos advogados, os tribunais superiores já se manifestaram no sentido de admitirem o instituto da investigação defensiva (regulada pelo Provimento CFOAB nº 188/2018) como meio de investigação válido para obtenção de prova.

Nos autos da Reclamação nº 36542/PR, que tramitou no STF, o Rel. Min. Gilmar Mendes assim se pronunciou sobre o instituto da investigação defensiva conduzida por advogado privado:

> [...] No caso concreto, o Advogado Antônio dos Santos Junior atua em uma área de análise de dados jurídicos que hoje resta regulamentada pelo Provimento 188/2018 do CFOAB como investigação defensiva. Trata-se de uma prática mediante a qual, muitas vezes, uma empresa jurídica presta serviços para outros advogados – este foi o caso do investigado com relação ao departamento jurídico da empresa Odebrecht e advogados que atuavam em favor da empresa na Operação Lava Jato. Nas palavras de André Augusto Mendes Machado, a investigação defensiva traduz uma "garantia fundamental do imputado, inerente a um processo de partes, na medida em que constitui instrumento para a concretização dos direitos constitucionais de igualdade e defesa." (Machado (sic), Investigação criminal defensiva, 2008, p. 58) [...] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021).

9 Cf. artigos 29 e 30 do CPP.

10 Atividade de Investigador particular regulamentada pela Lei nº 13.342/2017.

11 Provimento nº CFOAB nº 188/2018: Art. 4º

12 O art. 52 da Lei nº 8.906/1994 confere competência para o Conselho Federal da OAB editar atos normativos.

13 O poder de coagir, forçar ou pressionar outra pessoa a fazer algo contra a sua vontade.

14 Atos praticados de ofício pelos agentes públicos e impostos coercitivamente aos administrados, em nome do princípio da supremacia do interesse público.

Nesse mesmo sentido o STJ, nos autos do Mandado de Segurança nº 26.627/DF, o Rel. Min. Sérgio Kukina, assim decidiu:

> [...] 5.Legítima se revela a pretensão do impetrante de "conduzir Investigação Defensiva, objetivando a constituição de acervo probatório lícito, cujo direito lhe é assegurado em qualquer procedimento ou fase da persecução penal, nos termos do Provimento nº 188/2018 do Conselho Federal da OAB", devendo-se, no ponto, levar em estima a cláusula constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV), no que esta busca garantir a paridade de armas entre os interesses probatórios do órgão acusatório e da defesa técnica da parte ré, ambos almejando certificar a veracidade de suas versões. [...] (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2022).

Portanto, o instituto da investigação defensiva, regulada pelo Provimento CFOAB nº 188/2018, embora não normatizado na legislação pátria, encontra ressonância na doutrina e jurisprudência brasileira, podendo, assim, servir de legítima investigação criminal para obtenção de prova visando à deflagração da persecução penal estatal.

2.3 - PLAUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO LASTREAR A AÇÃO PENAL COM BASE NO MATERIAL PROBATÓRIO AMEALHADO NOS AUTOS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

Embora seja o Ministério Público o legitimado privativo para a grande maioria das ações penais, o ofendido também possui legitimidade privativa para as ações penais privadas próprias[15] e legitimidade supletiva nas ações penais públicas subsidiárias[16].

José Frederico Marques salienta que "o Ministério Público não é o proprietário da ação penal e, sim, o seu agente" (1998, p.30), e por isso, nos casos de ação penal pública em que o legitimado original não a propuser no prazo legal, legitimaria supletivamente o ofendido a também fazê-lo diante da inércia do *Parquet*.

Contudo, o ofendido possui um exíguo prazo decadencial de seis meses para apresentar ação penal privada[17], e sendo notória a sobrecarga de trabalhos investigativos que abarrotam os escaninhos das delegacias de polícia, se fosse aguardar a regular tramitação do inquérito policial por certo fulminaria qualquer pretensão punitiva futura, sendo, portanto, de necessidade fática que ele mesmo – por seu advogado – possa diretamente promover a investigação criminal defensiva para essa finalidade.

É o que pondera Franklyn Roger Alves Silva:

> Se a qualidade de titular da ação penal (teoria dos poderes implícitos) é fator justificante ao exercício da investigação criminal, pensamos que o querelante, por meio de advogado ou da própria Defensoria Pública (art. 4º, XV, da LC n. 80/1994), possa realizar a investigação criminal para colher elementos de prova que embasem a sua pretensão (SILVA, 2022, p.406).

Ademais, essa legitimidade conferida ao querelante nos artigos 29 e 30 do CPP para propor ação penal privada também deve ser estendida para alcançar a possibilidade de diretamente investigar o delito que a ensejou (*a maiori, ad minus*)[18].

Possibilita-se, assim, que possa objetivar a condenação criminal do autor do fato delituoso, diretamente por intermédio de queixa-crime ou de ação penal pública subsidiária, ou indiretamente por intermédio de ação penal pública proposta pelo Ministério Público.

O interesse pessoal na condenação criminal do autor do fato delituoso que o vitimou não induz por si só presunção de imparcialidade que poderá invalidar a lisura da investigação privada.

Embora o ofendido possua interesse pessoal na condenação criminal do autor do fato visando a reparação do dano a ele causado (material e/ou moral), mediante o ajuizamento de ação civil *ex delicito*, a investigação criminal defensiva será conduzida por profissional que goza dos atributos da legitimidade e veracidade.

---

15 CPP. Art. 30. Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada.

16 CPP. Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

17 Cf. art. 38 do CPP.

18 Quem pode o mais, pode o menos.

Legitimidade[19] e veracidade[20] são atributos inerentes aos atos (manifestações) emanados pelo Poder Público. O primeiro pressupõe que o ato praticado está em conformidade com a lei, enquanto o segundo pressupõe que os fatos alegados são verdadeiros (presunção juris tantum)[21].

A Constituição Federal ao declarar que "o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei"[22] conferiu múnus público[23] a esse profissional.

Por ser "indispensável à administração da justiça" e "prestar serviço público e exercer função social"[24], o advogado atua em efetivo interesse de toda a coletividade, e seus atos, agindo nessa condição, gozam de presunção relativa de legitimidade e veracidade, conferindo-lhe a lei fé pública nos atos por ele praticados25. Dessa feita, quanto atuando na defesa dos interesses de seu constituinte, a própria lei atribui ao advogado privado prerrogativas típicas de servidores públicos, pelo que gozam os causídicos de credibilidade formal e material nos atos praticados. Ademais, deve o advogado pautar sua atuação funcional com ética, zelo e boa-fé[26].

Lado outro, a função da prova na persecução penal é comprovar a veracidade do fato que se pretende apresentar na instrução criminal visando a influenciar no convencimento do julgador. Todos os meios de provas lícitos são admissíveis no ordenamento jurídico, e as provas taxadas como ilícitas deverão ser "desentranhadas do processo"[27]. Dessa forma, a prova produzida na investigação criminal e declarada irregular (ilícita ou ilegítima) na instrução criminal deverá ser desentranhada do processo, não podendo servir para o convencimento do juiz, e como já ocorre em similar situação no inquérito policial ou no procedimento investigatório criminal, eventual irregularidade ocorrida na produção da prova colhida nos autos da investigação criminal defensiva não acarreta por si só a nulidade da ação penal dela decorrente, conforme sedimentada orientação jurisprudencial[28].

Por fim, o Ministério Público como defensor da ordem jurídica não pode permanecer inerte na sua função privativa de promoção da persecução criminal por morosidade e/ou falha na estrutura da polícia judiciária na condução do inquérito policial.

Conforme relatório disponibilizado pelo Conselho Nacional do Ministério Público[29], no primeiro semestre de 2019, 88,75% dos inquéritos policiais se encontravam em tramitação nos cartórios das delegacias de polícia do Estado de Minas Gerais há mais de 2 anos e 10,97% dos prédios das delegacias de polícia no Brasil estavam em péssimo estado de conservação. Somente na cidade de Belo Horizonte-MG tramitavam em mar-

---

19 Presunção de legitimidade ou de legalidade significa que, em princípio, todo ato é válido e conforme o direito e o sistema jurídico.

20 Presunção de veracidade significa que, em princípio, o fato alegado presume-se verdadeiro.

21 Presunção relativa, válida até prova em contrário.

22 Cf. art. 133 da CF/1988.

23 O múnus público é uma obrigação imposta por lei, em atendimento ao poder público, que beneficia a coletividade e não pode ser recusado, exceto nos casos previstos em lei.

24 Lei nº 8.906/1994. Art. 2º, § 1º. No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

25 CPC. Art. 425. Fazem a mesma prova que os originais: VI - as reproduções digitalizadas de qualquer documento público ou particular, quando juntadas aos autos pelos órgãos da justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pela Defensoria Pública e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas repartições públicas em geral e por advogados, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração. (grifo nosso)

26 Código de Ética da OAB: Resolução nº 02/2015.

27 CPP. Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendias as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

28 STJ. AgRg no HC 769751 / ES- AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS 2022/0285544-5. RELATOR Ministro MESSOD AZULAY NETO, DJe 11/03/2024: [...] II - Primeiramente, sobre o inquérito policial, tem-se que eventuais nulidades e demais meras irregularidades não ensejam máculas na futura ação penal. Com efeito, porque é procedimento apenas administrativo de caráter inquisitório, cuja finalidade é fornecer, à acusação, elementos de informação para a propositura de eventual ação penal e que tais elementos, antes de tornarem-se prova apta a fundamentar um possível édito condenatório, devem se submeter ao crivo do contraditório sob estrito controle judicial, carece de fundamento razoável a alegação de nulidade *in casu*. Precedentes […].

29 Comissão do Sistema Prisional, Controle Externo da Atividade Policial e Segurança Pública (CSP).

ço de 2024, 28.612 inquéritos policiais com atraso superior a 1 ano[30].

Não obstante o empenho dos agentes investigadores, a grande demanda de trabalho aliada à escassez de recursos humanos[31], técnicos e financeiros da polícia judiciária[32] desagua numa situação fática que proporciona uma investigação de longa tramitação, não raras vezes malconduzida e instruída.

Por isso entendemos como conveniente e necessária a contribuição da advocacia

privada nessa seara. Como já discorrido, a investigação criminal defensiva constitui-se como "mera peça de informação", e o promotor de justiça poderá aproveitar no todo ou em parte o material probatório produzido nessa investigação criminal.

Caso dela concorde de modo integral, poderá desde logo apresentar denúncia. Caso dela discorde, poderá arquivar de plano, como Notícia de Fato[33]. Admitindo-a de modo parcial, poderá diligenciar diretamente por intermédio de procedimento investigatório criminal ou requisitar instauração de inquérito policial para novas diligências visando suprir as lacunas.

Ademais, "qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério

Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção"[34].

Por certo a complexidade da investigação impõe a necessidade de prorrogação na tramitação do inquérito policial[35], mas essa prorrogação deverá ser analisada com parcimônia e em consonância com o princípio da razoável duração da investigação criminal[36], podendo a demora excessiva configurar hipótese de constrangimento ilegal à pessoa do investigado.

Nesse contexto, a defesa da ordem jurídica também impõe ao Ministério Público a

obrigação de velar pelo interesse da pessoa investigada que não pode ter sua situação jurídica eternamente indefinida, como destaca Eugênio Pacelli: "aceitar a eternização da investigação é ignorar os males — que não são poucos — que a só tramitação de um inquérito policial pode causar naquele apontado como autor da infração penal em investigação" (2021, p. 69).

Dessa feita, perfeitamente plausível que o Ministério Público possa lastrear sua ação penal com base no material probatório amealhado nos autos da investigação criminal defensiva conduzida pelo advogado do ofendido, conforme Provimento CFOAB nº 188/2018, enquanto não normatizada por lei essa modalidade de investigação criminal[37].

3 - CONCLUSÃO

Para a propositura da ação penal (pública ou privada), necessário apenas que seja apresentado ao juízo criminal a "exposição do fato criminoso,

30 Corregedoria TJMG, SEPLAN/CEJUS.

31 O então Delegado Geral do Estado de Minas Gerais, Dr. Wagner Pinto de Souza, durante audiência pública realizada na ALEMG em 2019, relatou que o déficit de servidores da corporação era de cerca de 43% naquele ano. Jornal Estado de Minas.

32 Em 2022, o então Presidente do Sindicado dos Servidores da Polícia Civil de Minas Gerais, investigador de polícia Wemerson Oliveira, relatou o "sucateamento" da instituição por falta de investimentos na corporação. Jornal O Tempo.

33 CNMP. Resolução nº 174/2017. Art. 1º. A Notícia de Fato é qualquer demanda dirigida aos órgãos da atividade-fim do Ministério Público, submetida à apreciação das Procuradorias e Promotorias de Justiça, conforme as atribuições das respectivas áreas de atuação, podendo ser formulada presencialmente ou não, entendendo-se como tal a realização de atendimentos, bem como a entrada de notícias, documentos, requerimentos ou representações.

34 Cf. art. 27 do CPP.

35 CPP. Art. 10, § 3º. Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências.

36 Razoável duração do inquérito policial. No HC 653.299, a Sexta Turma do STJ decidiu pelo trancamento de inquérito policial que já perdurava por mais de nove anos. O colegiado entendeu que a situação violava o princípio da razoável duração do processo e impunha constrangimento ilegal ao investigado, que, mesmo não tendo sido submetido à prisão preventiva ou outra medida cautelar, conviveu durante todo esse tempo com o estigma de suspeito da prática de crime.

37 Registra-se que o poder de investigação direta pelo ofendido se encontra em estudo no Congresso Nacional no Projeto de Lei nº 8.045/2019, reforma do novo Código de Processo Penal.

com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado, [...] a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas"[38], por vigorar nesse momento processual o princípio in dubio pro societate[39]. A prova de materialidade delituosa e os indícios de autoria poderão ser amealhadas por qualquer meio idôneo de investigação, posto ser o inquérito policial dispensável para o oferecimento da denúncia.

Assim, a denúncia e a queixa-crime poderão ser lastreadas em acervo probatório produzido por qualquer espécie de investigação (criminal, cível ou administrativa) pública ou privada, legitimando tanto o Ministério Público quanto o querelante a promoverem diretamente sua própria investigação criminal.

Nesse contexto, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio do Provimento nº 188/2018, normatizou o instituto da investigação defensiva, contrapondo a investigação criminal conduzida diretamente pelo *Parquet*. Embora o Provimento CFOAB nº 188/2018 tenha por finalidade precípua normatizar a investigação conduzida por advogado particular visando subsidiar a defesa técnica de seu constituinte que se encontra sendo investigado em inquérito policial ou esteja na condição de réu em ação penal, nada obsta que a investigação defensiva, conceituada por Franklyn Roger Alves Silva como "investigação criminal defensiva" também possa ser utilizada pelo ofendido em seu favor, amealhando material probatório sobre a materialidade e autoria do delito, visando diretamente propor ação penal privada (própria ou subsidiária), bem como apresentar ao Ministério Público conjunto probatório firme e seguro sobre a prática do delito, suas circunstâncias importantes, bem como seu provável autor, posto possuir ele interesse material e/ou moral na condenação criminal de seu algoz, visando a propositura de futura ação civil *ex delicto*.

Ademais, é cediço que a grande quantidade de inquéritos policiais em tramitação na polícia judiciaria dificilmente possibilitará uma célere e eficaz investigação criminal, situação que poderá, inclusive, proporcionar a extinção da punibilidade do autor do falto delituoso pela prescrição da pretensão punitiva.

Embora o instituto normatizado pelo Provimento CFOAB nº 188/2018 seja mero ato normativo classista, sem os atributos da imperatividade e coercibilidade – típicos das investigações públicas -, os atos praticados pelo advogado privado na condução da investigação criminal defensiva possuem fé pública e presunção de legitimidade e veracidade, diante do múnus público da advocacia e, assim, não há que cogitar na sua eventual imparcialidade na condução da investigação, posto que deverá laborar com ética, zelo e boa-fé na defesa de seu constituinte.

Por fim, eventual irregularidade constatada na produção da prova colhida na investigação criminal defensiva não contaminará a ação penal subsequente e nem acarretará sua nulidade.

Assim, perfeitamente legal e plausível que o Ministério Público possa lastrear a ação penal com base no material probatório amealhado nos autos da investigação criminal defensiva.

De tudo discorrido concluímos ser possível que o Ministério Público utilize as provas produzidas na investigação criminal defensiva para o ajuizamento de ação penal pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Câmara dos Deputados. PL 8045/2010.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263. Acesso em: 20. mar. 2024.

. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05. abr. 2024

. **Decreto Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 16. abr. 2024.

. **Lei 12.830 de 20 de junho de 2013.** Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm. Acesso em: 05. abr. 2024.

. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15. mar. 2024.

38 Cf, art. 41 do CPP.

39 Na dúvida, em favor da sociedade.

. **Lei 6.385 de 07 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm. Acesso em: 15. abr. 2024.

. **Lei 8.906 de 04 de julho de 1994.** Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 14. abr. 2024.

. **Lei complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.** Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em: 07. abr. 2024

. **Lei nº8.625, de 12 de fevereiro de 1993.** Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm. Acesso em: 23. abr. 2024.

. **Lei nº 13.432 de 11/04/2017.** Dispõe sobre o exercício da profissão de detetive particular. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/norma/17676553. Acesso em: 28. mar. 2024.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Comissão disponibiliza novos dados sobre delegacias de polícia civil no Brasil.** Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/3-noticias/todas-as-noticias/13132-comissao-disponibiliza-novos-dados-sobre-delegacias-de-policia-civil-no-brasil. Acesso em; 01. abr. 2024.

. **Resolução nº 181/2017**. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf. Acesso em: 01. abr. 2024.

DICIO. **Dicionário online de português.** Disponível em: https://www.dicio.com.br/investigar/#:~:text=Significado%20de%20Investigar,a%20autoria%20de%20um%20crime. Acesso em: 01. abr. 2024

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 5. ed. rev.. ampl. e atual. Salvador. 2017.

LOVISI, Pedro. **Polícia Civil atua com apenas 57% do efetivo; diz chefe da corporação. Jornal Estado de Minas**. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/06/26/interna_gerais,1064955/policia-civil- atua-com-apenas-57-do-efetivo-diz-chefe-da-corporacao.shtml. Acesso em: 17. mar. 2024.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Campinas: Bookseller, 1998, 4 v V. 2, 1998.

OLIVEIRA, Wemerson . **Sucateamento da Policia Civil prejudica atendimento à população e a segurança pública**. Jornal o Tempo. Disponível em: https://www.otempo.com.br/canal-o-tempo/sucateamento-da-policia-civil-prejudica- atendidmento-a-populacao-e-a-seguranca-publica-1.2749212 . Acesso em: 04. abr. 2024.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento Nº 188/2018.** Disponível em: https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018. Acesso em: 17. abr. 2024.

. **Código de ética e disciplina da OAB.** Disponível em: https://www.oab.org.br/publicacoes/AbrirPDF?LivroId=0000004085. Acesso em: 28. mar. 2024.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** Ed Atlas:São Paulo, 25ª ed. 2021.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação Defensiva Criminal Direta pela Defesa**. 3ª ed. ver., atua e amp – São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **O inquérito policial segundo o STJ: respeito aos direitos e às garantias fundamentais** AgRg no AREsp 1.374.735. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/12022023-O- inquerito-policial-segundo-o-STJ-respeito-aos-direitos-e-as-garantias-fundamentais.aspx. Acesso em: 01. abr. 2024.

. **Interesse da parte impetrante em instruir investigação defensiva prevista no Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB. Mandado de Segurança 26.267/DF**, Rel.Min. Sérgio Kukina. Disponível em: https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=2129957&tipo=0&nreg=202001770907&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=2022 0427&formato=PDF&salvar=false. Acesso em: 24. mar. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Reclamação 36542/PR**, Rel Min. Gilmar Mendes. Disponível em: https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2021/08/protocolo.pdf.pdf. Acesso em: 19. abr. 2024

_____. **Súmula vinculante 14**. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula762/false. Acesso em: 15.abr.2024.

_____. **Recurso Extraordinário 593.727 MINAS GERAIS.** Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233. Acesso em: 20. abr. 2024

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Seplan/Cejus**. Disponível em: file:///C:/Users/f0118042/Downloads/IPs%20em%20atraso%20-%20Marco%20de%202024.pdf. Acesso em: 01. abr. 2024

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979.** Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/leis-complementares/lei-complementar-nb0- 35-de-14-de-marco-de-1979. Acesso em: 07. abr. 2024.

O ATIVISMO JUDICIAL NO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA DA PENA: UMA PESQUISA POR AMOSTRAGEM NO ÂMBITO DA 10ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE BELO HORIZONTE

MARINA RODRIGUES SANTOS FONSECA

O ATIVISMO JUDICIAL NO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA DA PENA: UMA PESQUISA POR AMOSTRAGEM NO ÂMBITO DA 10ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE BELO HORIZONTE

MARINA RODRIGUES SANTOS FONSECA[1]

RESUMO: O trabalho visa analisar o ativismo judicial no caso da modificação de entendimento jurisprudencial a respeito do termo inicial para a contagem do prazo da prescrição da pretensão executória da pena. Para tanto, busca-se verificar a legitimidade do ativismo judicial no caso concreto e a (in)eficácia e/ou o alcance prático do novo entendimento jurisprudencial em um determinado cenário, qual seja, a Comarca de Belo Horizonte. Diante disso, utilizar-se-á como metodologia de pesquisa uma vertente jurídico-dogmática e jurídico-sociológica, respectivamente, e a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, adotando-se como principais marcos teóricos Cezar Roberto Bitencourt, Carlos Alexandre de Azevedo Campos, Bernardo Gonçalves Fernandes, Luís Roberto Barroso e Sara de Assis Aquino.

PALAVRAS-CHAVE: direito penal; execução penal; prescrição executória da pena; princípio da presunção de inocência; ativismo judicial.

ABSTRACT: The work aims to analyze judicial activism in the case of the modification of jurisprudential understanding about the initial term for counting the term of the prescription of the executory claim of the penalty. Therefore, search to verify the legitimacy of judicial activism in the specific case and the (in)effectiveness and/or practical range of the new jurisprudential understanding in a certain scenario, whatever, the District of Belo Horizonte. That said, will be used as research methodology a legal-dogmatic and legal-sociological strand, respectively, and bibliographical and jurisprudential research, adopting as main theoretical frameworks Cezar Roberto Bitencourt, Carlos Alexandre de Azevedo Campos, Bernardo Gonçalves Fernandes, Luís Roberto Barroso and Sara de Assis Aquino.

KEYWORD: criminal law, penal execution; executory prescription of the penalty; principle of presumption of innocence; judicial activism.

1 Graduada em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto; Especialista em Direito Processual Civil, Direito Constitucional e Administrativo; Pós-Graduanda em Ciências Penais na Visão do Ministério Público; Oficiala no Ministério Público do Estado de Minas Gerais; Graduanda em História pela Universidade Federal de Minas Gerais

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO…..... 314

2 - O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO…..... 315

3 - A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA DA PENA 316
À LUZ DO ENTENDIMENTO RECENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4 - A NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO PENAL..... 317
COM O ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL VIGENTE E O ATIVISMO JUDICIAL

5 - ANÁLISE DOS PROCESSOS DA 10ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE BELO HORIZONTE…..... 320

6 - CONCLUSÃO… 322

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS…..... 323

1 - INTRODUÇÃO

Este estudo tem como finalidade analisar o ativismo judicial no caso da modificação de entendimento jurisprudencial a respeito do termo inicial para a contagem do prazo da prescrição da pretensão executória na pena.

A prescrição é um tema importante no âmbito das Ciências Criminais, especialmente no que tange à função precípua do Ministério Público de defesa da sociedade, enquanto autor da ação penal e fiscal da lei, objetivando o cumprimento da pena ao fim da persecução penal.

Nesse sentido, foi dada nova interpretação pelo STF (Supremo Tribunal Federal) ao instituto da prescrição da pretensão executória da pena, especificamente quanto ao termo inicial da contagem do prazo, à luz do princípio da presunção de inocência, no bojo do Agravo Regimental interposto contra decisão exarada no Agravo de Instrumento n. 794.971.

Considerando se tratar, no caso, de um clássico exemplo de ativismo judicial, tem-se como problema de pesquisa: Na visão do Ministério Público, qual o alcance prático dos efeitos da alteração do entendimento jurisprudencial sobre a data do início da contagem do prazo da prescrição da pretensão executória da pena? O ativismo judicial, no presente caso, foi legítimo ou ultrapassou os limites de interpretação aos quais deve se ater o Poder Judiciário?

Esta pesquisa tem como objetivo verificar, após análise empírica, a (in)eficácia e/ou o alcance prático do novo entendimento jurisprudencial em um determinado cenário, qual seja, a Comarca de Belo Horizonte.

Tem-se como objetivos específicos da presente pesquisa:

a) Analisar o instituto da prescrição da pena, especialmente a prescrição executória, por meio de doutrinas e analisando-se jurisprudências dos tribunais;

b) Verificar, em um determinado período de tempo, em uma determinada Comarca, quais processos de execução de pena foram analisados em relação à prescrição e em quais deles ela não foi reconhecida em razão da nova interpretação, identificando, assim, as consequências do ativismo judicial no caso concreto;

c) Realizar um estudo aprofundado sobre a mudança de entendimento jurisprudencial quanto ao termo inicial da contagem do prazo da prescrição da pretensão executória da pena, mormente quanto à legitimidade.

A importância da presente pesquisa está em verificar se, neste caso concreto, o muitas vezes criticado ativismo judicial se revelou essencial para a aplicação da pena, o que poderá ser comprovado diante dos números apresentados após a pesquisa por amostragem a ser realizada.

A pesquisa teórica tem grande relevância e preponderância no mundo jurídico, e obviamente, não se pode abster-se de fazê-la.

No entanto, é certo que, quando os meios permitem, considerando a estrutura que se tem, bem como o avanço das tecnologias, a jurimetria deve ser utilizada como forma, dentre outras coisas, de medida da eficácia das situações propostas, sob pena de as proposições não atingirem seus objetivos, ou, em última análise, de uma ineficácia do trabalho jurídico no mundo fático.

Isso se revela de suma importância para o Ministério Público, pois, no âmbito ministerial, todos os esforços são direcionados à construção de uma sociedade justa, para a qual se faz necessário que as medidas aplicáveis no mundo jurídico tenham eficácia prática.

Noutro giro, importante ainda analisar a legitimidade do ativismo judicial no caso concreto, pois assim deve ser aplicado o Direito, de forma a garantir a justiça e a segurança jurídica do ordenamento, a despeito de as decisões serem favoráveis ou não a uma das partes.

A questão, aqui, esbarra na legitimidade dos Tribunais para decidir de forma contrária ao que está expresso na legislação vigente, tratando-se o caso, pois, do ativismo judicial.

Diante das questões levantadas até o momento, mostra-se importante uma análise mais aprofundada do tema, a fim de se tentar chegar a uma conclusão sobre os institutos apresentados.

Pode-se dizer que, a princípio, com base no objetivo geral da pesquisa, a vertente metodológica é a jurídico-sociológica, pois a análise empírica, visando descobrir a (in)eficácia e/ou o alcance prático do novo entendimento jurisprudencial

em um determinado cenário, qual seja, a Comarca de Belo Horizonte, considera os impactos sociais, ou seja, os efeitos da aplicação das normas.

Não obstante, ao se analisar a legitimidade na atuação judicial no caso em questão, tem-se uma vertente jurídico-dogmática, por se tratar de uma investigação quanto ao conflito de normas e princípios, voltando-se o olhar ao ordenamento jurídico.

O tipo de raciocínio da pesquisa é o dedutivo-indutivo, pois a primeira parte será destinada à discussão teórica, e a segunda parte abordará um estudo quantitativo.

Tem-se um estudo multidisciplinar, abordando conceitos teóricos de Direito Constitucional e Direito Penal, com foco nesse último.

O tipo de investigação é a compreensiva, pois objetiva-se melhorar a compreensão a respeito dos institutos, princípios e teorias estudadas.

Os métodos utilizados serão bibliográfico ou teórico, análise de jurisprudência e estudo de caso.

2 - O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O instituto da prescrição é regulado, no direito brasileiro, pelo Código Penal pátrio, especificamente a partir do Art. 109.

Ensina o Professor Cezar Roberto Bitencourt:

> Com a ocorrência do fato delituoso nasce para o Estado o *ius puniendi*. Esse direito, que se denomina pretensão punitiva, não pode eternizar-se como uma espada de Dámocles pairando sobre a cabeça do indivíduo. Por isso, o Estado estabelece critérios limitadores para o exercício do direito de punir, e, levando em consideração a gravidade da conduta delituosa e da sanção correspondente, fixa lapso temporal dentro do qual o Estado estará legitimado a aplicar a sanção penal adequada.
>
> Escoado o prazo que a própria lei estabelece, observadas suas causas modificadoras, prescreve o direito estatal à punição do infrator. **Assim, pode-se definir prescrição como "a perda do direito de punir do Estado, pelo decurso de tempo, em razão do seu não exercício, dentro do prazo previamente fixado"**. A prescrição constitui causa extintiva da punibilidade (art. 107, IV, 1ª figura, do CP). (...)
>
> A controvérsia em torno da prescrição penal remonta muitos séculos da história da civilização. Os costumes e a cultura de cada povo ditavam os parâmetros para que se aceitasse a liberação de um criminoso pelo simples decurso do tempo. O primeiro texto legal que tratou da prescrição foi a *Lex Julia*, datada do ano 18 a.C. para determinados crimes. Estendeu-se, posteriormente, à generalidade dos crimes,com exceção do parricídio, parto suposto, entre outros.
>
> O desenvolvimento do instituto da prescrição processou-se lentamente através dos séculos, sendo admitido no direito germânico e no direito de outros povos. Na Idade Média, procurou-se adotar exagerada redução dos prazos prescricionais, motivando enérgica reação, posto que teve como resultado a grande dificuldade em se configurar a ocorrência de prescrição
>
> Mas essa era somente a prescrição da ação, isto é, da pretensão punitiva. A prescrição da condenação, no entanto, surgiu na França, com o Código Penal de 1791. Com efeito, a Revolução Francesa parece ter favorecido esse acontecimento. Outros países, em seguida, também adotaram essa outra espécie de prescrição. No Brasil, somente a partir do Código Penal de 1890 passou-se a adotar a prescrição da condenação (art. 72), sendo que a prescrição da ação penal já foi adotada a partir do Código Criminal de 1830. Na realidade, o art. 65 do Código Criminal do Império (16-12-1830) declarava: "As penas impostas aos réus não prescreverão em tempo algum". Em outras palavras, as penas aplicadas eram imprescritíveis.
>
> Quanto à prescrição retroativa, por fim, sua discussão começou antes mesmo de o Código Penal de 1940 entrar em vigor, que foi o primeiro diploma legal a adotá-la. (BITENCOURT, 2012, grifo meu)

Constitui-se a prescrição matéria de direito público, devendo ser reconhecida pelo juiz, conforme dispõe o Art. 61 do Código de Processo Penal:

> Art. 61. Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.
>
> Parágrafo único. No caso de requerimento do Ministério Público, do querelante ou do réu, o juiz mandará autuá-lo em apartado, ouvirá a parte contrária e, se o julgar conveniente, concederá o prazo de cinco dias para a prova, proferindo a decisão dentro de cinco dias ou reservando-se para apreciar a matéria na sentença final.

A Constituição da República de 1988 elegeu a prescrição como regra, ou seja, via de regra, todos os crimes podem ser objeto de prescrição.

No entanto, a própria Carta Magna fez as ressalvas para os crimes que devem ser considerados imprescritíveis. São eles: o crime de racismo e os delitos praticados por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5°, XLII, e XLIV, CF/88).

Além disso, após o Supremo Tribunal Federal firmar entendimento, em 2021, no Habeas Corpus (HC) 154248, de que o crime de injúria racial configura uma forma de racismo e é imprescritível, foi sancionada, em 2023, a Lei 14.532, que, dentre outras coisas, alterou a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei do Crime Racial), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar como crime de racismo a injúria racial.

Nesse contexto, cabe pontuar, ainda, a divergência existente na doutrina sobre a (im)prescritibilidade do crime de tortura. Nas palavras Professor Rogério Sanches Cunha:

> (...) Não obstante, devemos ressaltar que o Brasil aderiu ao Tribunal Penal Internacional e, nos termos do artigo 29 do Estatuto de Roma (incorporado ao direito brasileiro através do dec. nº 4.388/2002), os crimes de competência do TPI são imprescritíveis. Como a tortura está elencada no artigo 7°, 1, "f", do Estatuto, parte da doutrina alega que a norma conferiria a imprescritibilidade a tal delito. Majoritariamente, contudo, compreende-se que o Estatuto de Roma é tratado com *status* de **norma supralegal**, sem força suficiente para afastar a **garantia implícita constitucional da prescritibilidade**. (CUNHA, 2020, p. 396)

Cezar Roberto Bitencourt elenca alguns fundamentos políticos que embasaram a legitimidade do instituto da prescrição. São eles:

1) O decurso do tempo leva ao esquecimento do fato;

2) O decurso do tempo leva à recuperação do criminoso;

3) O Estado deve arcar com sua inércia;

4) O decurso do tempo enfraquece o suporte probatório.

Quanto às espécies de prescrição, há duas principais: a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória.

A prescrição da pretensão punitiva ocorre antes de haver o trânsito em julgado da sentença, extinguindo o direito de punir do Estado. Ela se divide em: propriamente dita (art. 109/CP), superveniente (art. 110, §1°/CP), retroativa (art. 110, §1°/CP) e virtual ou em perspectiva (não admitida pelo STF - Tema 239).

A prescrição da pretensão executória ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória, quando transcorrido o período determinado pelos incisos do Art. 109/CP. Aqui, há a perda do direito de o Estado executar a punição imposta na sentença. Importante ressaltar, porém, que os efeitos secundários da condenação subsistem.

3 - A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA DA PENA À LUZ DO ENTENDIMENTO RECENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como mencionado alhures, o Código Penal Brasileiro trata, a partir do seu Art. 109, do instituto da prescrição.

O Artigo 112, I, do referido diploma legal, traz a seguinte redação:

> Art. 112 - No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
>
> I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (...) (BRASIL, 1984)

Expressa, pois, a determinação de que o termo inicial da contagem do prazo da prescrição da pretensão executória após a sentença condenatória é a data do trânsito em julgado para a acusação.

No entanto, por maioria de votos, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) 848107, com repercussão geral (Tema 788), o STF decidiu que o prazo de prescrição para o Estado executar a pena começa a ser contado a partir da condenação definitiva (trânsito em julgado) para a acusação e a defesa.

Isso porque entende a Suprema Corte que é necessário o trânsito em julgado da sentença condenatória para ambas as partes a fim de que seja iniciada a execução penal, de forma que a

pena não pode ser executada antes de se tornar definitiva. Esse entendimento foi consolidado no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43, 44 e 53, em 2020, tendo como base o princípio da presunção de inocência.

Importante ressaltar a modulação dos efeitos da tese para que seja aplicada aos casos i) nos quais a pena não tenha sido declarada extinta pela prescrição em qualquer tempo e grau de jurisdição; e ii) cujo trânsito em julgado para a acusação tenha ocorrido após 12/11/20 (data do julgamento das ADCs nº 43, 44 e 53, por ser o marco que condicionou o trânsito em julgado para ambas as partes para o Estado exercer a pretensão executória da pena).

4 - A NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO PENAL COM O ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL VIGENTE E O ATIVISMO JUDICIAL

Com base no princípio da presunção de inocência, entendeu o STF, no julgamento das ADCs nº 43, 44 e 53, que não se pode dar início à execução da pena enquanto não houver o trânsito em julgado da sentença condenatória para ambas as partes. Como parâmetro constitucional do tema, tem-se o Art. 5º, II, LVII, da Constituição da República:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> (...)
>
> II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
>
> (...)
>
> LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Por consequência, a Suprema Corte, pautada na necessidade de harmonização do instituto da prescrição penal com o ordenamento jurídico constitucional vigente, entendeu por declarar a não recepção pela Constituição da locução "para a acusação" contida na primeira parte do inciso I do art. 112 do Código Penal, conferindo, no entanto, a ela interpretação conforme à Constituição, de forma a se entender que a prescrição começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para ambas as partes.

A discussão foi bem pontuada pelo relator Ministro Dias Toffoli:

> Desse modo, a constitucionalidade ou não do inciso I do art. 112 do Código Penal estaria diretamente relacionada com a recente interpretação do Supremo Tribunal Federal de que o Estado não pode determinar a execução da pena contra condenado com base em título executivo não definitivo, em razão da prevalência do princípio da presunção de inocência (insculpido no art. 5º, inciso LVII, da CRFB).
>
> (...)
>
> A partir desse contexto, ou seja, consolidado o entendimento de que a pretensão executória da pena imposta pelo Estado nasce apenas a partir do trânsito em julgado da ação condenatória que a impõe, passa-se a analisar a recepção do art. 112, inciso I, do Código Penal.

Dito isso, é possível construir um raciocínio lógico.

Com base no princípio constitucional expresso da presunção de inocência, entendeu o STF que a pena apenas pode ser executada pelo Estado após o trânsito em julgado para ambas as partes. Daí que só se pode falar em início da contagem do prazo prescricional (pretensão executória) quando houver o trânsito em julgado para ambas as partes. Do contrário, seria o Ministério Público, titular da ação penal, via de regra, e, em última análise, a sociedade, punidos por um não agir, sendo que a ação não era permitida.

Até aqui, parece bem eloquente a construção do raciocínio da Suprema Corte.

No entanto, permanece a discussão, no mundo jurídico, sobre se o STF estaria ou não invadindo a esfera do Poder Legislativo ao firmar entendimento de forma contrária ao que está expressamente determinado no Código Penal, no já citado artigo 112, I.

A título de exemplo, o Professor Rogério Sanches Cunha, em seu curso de Direito Penal, apesar de concordar com o raciocínio dos Tribunais Superiores a respeito da questão, entende que a

mudança depende de alteração legislativa, e não via pretoriana.

Nota-se, assim, que a questão esbarra na legitimidade dos Tribunais para decidir de forma contrária ao que está expresso na legislação vigente, tratando-se o caso, pois, do ativismo judicial.

Sobre o tema, Carlos Alexandre de Azevedo Campos, com o intuito de conceituar o ativismo judicial, ressalta o seu caráter multidimensional:

> (...) entendo o ativismo judicial como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias. (CAMPOS, 2012, p. 152)

Como forma de ilustrar a controvérsia existente sobre a temática, pontua-se a diferenciação feita por Bernardo Gonçalves Fernandes entre o ativismo judicial e a judicialização da política. Citado Professor compreende "o fenômeno ativista como a sobreposição de convicções pessoais, compartilhadas ou não pela sociedade civil e demais poderes em detrimento do direito, certo é o seu caráter negativo e pernicioso à democracia e à legitimidade constitucional". (FERNANDES, 2023, p. 194)

Já a judicialização da política:

> "(...) diferentemente do ativismo judicial, é contingencial, isto é, decorre da realidade socio-normativa brasileira (democracia frágil e recente), em que, muitas vezes, faz-se necessária a judicialização de questões para o resguardo de diversos direitos fundamentais e sociais, tais como liberdade de expressão, saúde, educação, além de questões eleitorais de transmissão de poder." (FERNANDES, 2023, p. 195)

Segundo Luís Roberto Barroso, atual Presidente do Supremo Tribunal Federal:

> A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem:
>
> (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2009, p. 14)

Em seu artigo intitulado "Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática", o Ministro leciona sobre as principais objeções apresentadas à crescente intervenção judicial na vida brasileira, quais sejam os riscos para a legitimidade democrática, o risco de politização da Justiça, e a capacidade institucional do Judiciário de seus limites.

Ensina, ainda, que:

> (...) O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, bypassar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias.
>
> Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça.
>
> Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade,

> legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes. (BARROSO, 2009, p. 20)

Como muito bem pontuado pelo Ministro, o Brasil vive uma crise de funcionalidade do Poder Legislativo. Ora, vive-se hoje em uma sociedade cujas mudanças ocorrem em velocidade como nunca antes visto, e que é regida, na seara penal, por uma legislação de 1940, ainda que, de certo, costurada por diversas modificações ao longo do tempo.

Sabe-se que, na forma extremamente acelerada das mudanças sociais, é difícil que o processo legislativo, principalmente como é realizado hoje, consiga acompanhar as necessidades dos conflitos que surgem cada vez mais rápido.

Mas se está, aqui, diante de uma demora irrazoável. Há um Projeto de Lei que tramita no Congresso Federal desde 2012 com o intuito de reformar o Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012). Trata-se de mais de 10 anos de tramitação.

É nesse contexto que a sociedade brasileira se vê cada vez mais dependente do ativismo judicial, pois, a fim de atender as necessidades sociais que batem à porta do Poder Judiciário, esse se vê diante da necessidade de, muitas vezes, manifestar-se de forma diversa de uma lei que já não coaduna com a realidade.

Nessa esteira, considerando a inércia do Poder Legislativo em se posicionar sobre a questão da data inicial da contagem do prazo da prescrição da pretensão executória da pena, que já vem sendo discutida no mundo jurídico desde o julgamento das ADCs nº 43, 44 e 53, ou seja, desde 12/11/20, viu o Judiciário a necessidade urgente de dirimir a questão, sob pena de deixar a sociedade sem a resposta estatal que deve ser dada, qual seja o cumprimento das penas às quais os sentenciados foram condenados, aqui valendo fazer um parêntese bem específico com relação às vítimas dos crimes.

De outra forma, em total descrédito cairia o Direito Penal e a Execução Penal, o que, em última análise, poderia ainda fomentar o cometimento de novos delitos, diante da menor probabilidade de punição.

A questão que se apresenta é: diante da possibilidade de tamanha injustiça jurídica-social, poderia o Poder Judiciário interferir na aplicação da lei penal a ponto de ter entendimento diverso da norma escrita?

Sara de Assis Aquino pontua bem a questão ao tratar da constitucionalização do Direito Penal:

> A constitucionalização do direito penal abriu o caminho para refletir sobre as repercussões dos princípios constitucionais penais e processuais penais na prática criminal. Por sua vez, a teoria político-criminal e constitucional do bem jurídico revela, em geral e a despeito das diferentes correntes doutrinárias a ela subjacentes, a correspondência entre os valores constitucionais e os bens penalmente relevantes. Se existe uma ordem constitucional definidora dos direitos fundamentais protegidos pelo poder estatal e dos bens jurídicos merecedores de tutela penal, é de que questionar se, como e em que medida pode o legislador penal ter a sua atividade controlada, a fim de que sejam observados os parâmetros constitucionais. (AQUINO, 2023, p. 127)

Nesse contexto, o legislador penal pode atuar dentro da margem de discricionariedade que permite a Constituição, caso ela permita em determinado assunto. Já o Judiciário pode (e deve) realizar o Controle de Constitucionalidade atendo-se aos mandamentos constitucionais, sob o amparo da supremacia constitucional, da proteção aos mecanismos democráticos e aos direitos fundamentais.

> Harmonizar o controle judicial de constitucionalidade à natureza política das normas penais e à separação de poderes – como o legislador penal pode ter sua atuação limitada pela jurisdição constitucional? – demanda equilibrar as funções do controle constitucional e do legislador democrático. A intervenção judicial não substitui o juízo ou a valoração política, mas atua para garantir a atenção aos fins da Constituição. Havendo imposição ou vedação constitucional explícita, o espaço para escolha do legislador restringe-se, e fora deste âmbito de restrição a atuação legislativa pode ser exercida com discricionariedade, desde que obedeça aos parâmetros constitucionais.
>
> No caso das normas penais, a possibilidade e a finalidade do controle constitucional compatibilizam-se com a possibilidade e a finalidade do controle judicial das normas jurídicas em geral. Ou seja, a tensão entre a jurisdição constitucional e a legitimidade democrática do legislador penal pode ser resolvida com os mesmos fundamentos que amparam o controle de constitucionalidade em outros contextos, quais sejam, a supremacia constitucional, a proteção aos mecanismos democráticos e aos direitos fundamentais. (AQUINO, 2023, p. 137)

Aplicando as conclusões de Aquino ao estudo em comento, é possível concluir que houve uma atuação legítima do Supremo Tribunal Federal ao declarar a não recepção pela Constituição da locução "para a acusação" contida na primeira parte do inciso I do art. 112 do Código Penal, conferindo, no entanto, a ela interpretação conforme à Constituição, de forma a se entender que a prescrição começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para ambas as partes.

Ora, se a Constituição impõe como direito fundamental a presunção de inocência, tratando-se, pois, o referido princípio de uma imposição constitucional explícita, não cabe ao legislador a discricionariedade de criar uma legislação que disponha de forma diversa.

Assim, não podendo a pena, via de regra, ser executada de forma provisória, antes do trânsito em julgado para ambas as partes, em respeito ao princípio da presunção de inocência, por consequência não há que se falar em início da contagem do prazo prescricional da pretensão executória da pena antes do trânsito em julgado para ambas as partes.

Em outras palavras, não possui o legislador a discricionariedade de determinar que a contagem do prazo prescricional da pretensão executória se inicie em outro momento que não após o trânsito em julgado para ambas as partes, visto que não pode determinar que o cumprimento da pena se inicie antes dessa data.

No fim e ao cabo, a decisão do Supremo sobre a data de início da contagem do prazo prescricional da pretensão executória da pena foi uma consequência lógica da decisão anterior de impossibilidade, via de regra, de execução da pena de forma provisória.

5 - ANÁLISE DOS PROCESSOS DA 10ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE BELO HORIZONTE

A 10ª Promotoria de Justiça de Belo Horizonte tem atribuição para atuar perante a Vara de Execuções Penais da Comarca.

Assim, realiza, com regularidade, análise de processos de execuções penais com o objetivo de se concluir se ocorreu a prescrição da pretensão executória da pena.

A fim de se realizar uma verificação em concreto da consequência da mudança de entendimento da Suprema Corte, foi promovido um trabalho de jurimetria em 20 processos de execução penal nos quais os Promotores de Justiça que atuam no citado órgão de execução analisaram a ocorrência da prescrição em casos em que as datas do trânsito em julgado da sentença condenatória para a defesa foram posteriores às datas do trânsito em julgado para a acusação.

Dessa forma, foram analisados processos cuja manifestação ministerial foi feita após 12/11/20 (data do julgamento das ADC nº 43, 44 e 53, por ser o marco que condicionou o trânsito em julgado para ambas as partes para o Estado exercer a pretensão executória da pena).

A pesquisa foi realizada por amostragem, tendo sido os processos selecionados de forma aleatória. Foram obtidos os seguintes dados:

Tabela 1: Processos analisados na 10ª Promotoria de Justiça de Belo Horizonte

Processos analisados pelo Ministério Público após 12/11/20 com parecer ministerial contrário à prescrição em razão da data do trânsito em julgado para a defesa (pesquisa por amostragem - seleção aleatória)	Houve a declaração da prescrição da pretensão executória pelo Judiciário?	Data da decisão
4400188-13.2021.8.13.0024	SIM	10/08/2021
4401644-32.2020.8.13.0024	SIM	10/08/2021
4400101-57.2021.8.13.0024	SIM	11/08/2021
0112546-30.2016.8.13.0024	SIM	20/08/2021
0111189-44.2018.8.13.0024	SIM	30/08/2021
9622591-58.2008.8.13.0024	SIM	06/12/2021
4402214-52.2019.8.13.0024	SIM	27/04/2022
4400672-57.2023.8.13.0024	SIM	20/03/2023
4400680-05.2021.8.13.0024	SIM	27/03/2023
4401091-82.2020.8.13.0024	SIM	28/03/2023
4401373-23.2020.8.13.0024	SIM	10/04/2023
4401264-72.2021.8.13.0024	NÃO	25/05/2023
4400488-09.2020.8.13.0024	NÃO	12/06/2023
4400829-30.2023.8.13.0024	NÃO	23/05/2023
4400493-94.2021.8.13.0024	NÃO	25/05/2023
4401064-65.2021.8.13.0024	NÃO	01/06/2023
4401517-26.2022.8.13.0024	NÃO	11/08/2023
4400719-65.2022.8.13.0024	NÃO	02/10/2023
4400189-61.2022.8.13.0024	NÃO	07/11/2023
4400113-33.2022.8.13.0672	NÃO	31/01/2024

(Fonte: Pesquisa própria)

Na análise de cada um dos feitos supracitados, foi possível observar que, de início, mesmo após o Informativo 755 do STJ no sentido de que "O termo inicial da contagem do prazo da prescrição da pretensão executória é o trânsito em julgado para ambas as partes.", as decisões judiciais continuaram a declarar as penas prescritas no caso em comento.

Apenas após o STF analisar a questão, determinando a repercussão geral do tema, o Juízo da Execução Penal de Belo Horizonte passou a indeferir tais pedidos.

6 - CONCLUSÃO

No presente trabalho, analisou-se o ativismo judicial no caso da modificação de entendimento jurisprudencial a respeito do termo inicial para a contagem do prazo da prescrição da pretensão executória na pena.

Com base no princípio da presunção de inocência, entendeu o STF, no julgamento das ADCs nº 43, 44 e 53, que não se pode dar início à execução da pena enquanto não houver o trânsito em julgado da sentença condenatória para ambas as partes.

Por consequência, a Suprema Corte, pautada na necessidade de harmonização do instituto da prescrição penal com o ordenamento jurídico constitucional vigente, entendeu por declarar a não recepção pela Constituição da locução "para a acusação" contida na primeira parte do inciso I do art. 112 do Código Penal, conferindo, no entanto, a ela interpretação conforme à Constituição, de forma a se entender que a prescrição começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para ambas as partes.

Nesse contexto, buscou-se descobrir qual o alcance prático dos efeitos dessa alteração de entendimento, e se o ativismo judicial, no presente caso, foi legítimo ou ultrapassou os limites de interpretação aos quais deve se ater o Poder Judiciário.

Observou-se, no estudo realizado, que o ativismo judicial é um tema bastante controverso na doutrina, havendo divergências sobre seu conceito, seu alcance e sua legitimidade no Estado Democrático de Direito.

No entanto, quando se trata de controle das normas penais, o legislador penal pode atuar dentro da margem de discricionariedade que permite a Constituição, caso ela permita em determinado assunto. Já o Judiciário pode (e deve) realizar o Controle de Constitucionalidade atendo-se aos mandamentos constitucionais, sob o amparo da supremacia constitucional, da proteção aos mecanismos democráticos e aos direitos fundamentais.

Diante disso, foi possível concluir que houve uma atuação legítima do Supremo Tribunal Federal ao declarar a não recepção pela Constituição da locução "para a acusação" contida na primeira parte do inciso I do art. 112 do Código Penal, pois, se a Constituição impõe como direito fundamental a presunção de inocência, tratando-se, pois, o referido princípio de uma imposição constitucional explícita, não cabe ao legislador a discricionariedade de criar uma legislação que disponha de forma diversa.

Em uma segunda parte no estudo, foram analisados 20 processos de execução de pena em trâmite na Comarca de Belo Horizonte, nos quais houve parecer do Ministério Público, após 12/11/20, com manifestação contrária à prescrição em razão da data do trânsito em julgado para a defesa.

A pesquisa foi feita por amostragem, e os processos foram escolhidos de forma aleatória.

A análise permitiu concluir que o Juízo da Execução Penal de Belo Horizonte apenas adotou o entendimento de que o termo inicial da contagem do prazo da prescrição da pretensão executória é o trânsito em julgado para ambas as partes após o STF analisar a questão, determinando a repercussão geral do tema.

Dessa forma, pode-se afirmar que se verificou que, neste caso concreto, o muitas vezes criticado ativismo judicial se revelou essencial para a aplicação da pena, já que não é possível iniciar a sua execução antes do trânsito em julgado para ambas as partes, corroborando o novo entendimento, assim, para a realização de uma justiça social eficaz.

Cabe ressaltar que não foi possível realizar uma pesquisa fidedigna no que diz respeito ao número de processos analisados no tema estudado, visto que os sistemas utilizados tanto pelo Ministério Público quanto pelo Poder Judiciário não possuem ferramentas que permitam tal pesquisa,

motivo pelo qual essa foi feita pelo sistema de amostragem, com base no arquivo de pareceres do órgão ministerial.

A pesquisa realizada no Sistema SEEU - Sistema Eletrônico de Execução Unificado, no qual tramitam os processos de execução de pena da Comarca de Belo Horizonte, permitiu observar que, quanto à prescrição executória, há apenas a possibilidade de pesquisa de previsões de incidentes. Apesar de ter havido tentativas, não foi possível coletar maiores informações junto ao Poder Judiciário, visto que o sistema é coordenado pelo CNJ - Conselho Nacional de Justiça.

Considerando o objetivo de construção de uma sociedade justa, para a qual se faz necessário que as medidas aplicáveis no mundo jurídico tenham eficácia prática, diante do avanço das tecnologias, a jurimetria deve ser utilizada como forma, dentre outras coisas, de medida da eficácia das situações propostas, sob pena de as proposições não atingirem seus objetivos, ou, em última análise, de uma ineficácia do trabalho jurídico no mundo fático.

Aqui reside a importância do desenvolvimento de sistemas operacionais que nos permitam realizar um trabalho quantitativo de forma específica e pormenorizada.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Sara de Assis. **A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DAS LEIS PENAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção de grau de Mestra em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. Brasília, 2023. Disponível em: <http://repositorio2.unb.br/jspui/handle/10482/47337>. Acesso em: 07 abr. 2024.

BAPTISTA, Patrícia F. **Direito e Poder - A crise da legalidade formal e as novas formas de legitimação no Estado de Direito Contemporâneo.** Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTY2Nw%2C%2C#:~:text=Segundo%20Norberto%20Bobbio%2C%20a%20legitimidade,requisito%20do%20e xerc%C3%ADcio%20do%20poder.>. Acesso em: 05 ago. 2023.

BARBOSA, Oriana Piske de A.; SARACHO, Antonio Benites. **Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System)**. 2018. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discurs os-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks=-and-balances-system-juiza-oriana-piske#:~:text-A%20separa%C3%A7%C3%A3o%20dos%20poderes%20%C3%A9%2C%20no%20Brasil%2C%20o%20fundamento%20do,frente%20a%20um%20prop%C3%B3sito%20social.&text=BONAVIDE S%2C%20Paulo.,Curso%20de%20Direito%20Constitucional.>. Acesso em: 05 ago. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Suffragium: Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Vol. 05, n. 08, Ano 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_j udicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 05 ago. 2023.

BITENCOUT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral, 1**. 17.ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo : Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 05 out. 1988.

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

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 out.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012**. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Prescrição da execução da pena começa a contar da decisão definitiva para todas as partes**. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=510111&ori=1>. Acesso em: 05 ago. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 848.107 DISTRITO FEDERAL.** RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI. Brasília, 03/07/2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15359802125&ext=.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2023.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. 2012. 378 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. **Curso de Direito Penal, Processo Penal e Legislação Penal Especial para Ministério Público Estadual**. 2023. Disponível em: <https://rsconline.com.br/>. Acesso em: 05 ago. 2023.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 8ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 15.ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Ativismo judicial: afinal, do que se trata?** Revista Consultor Jurídico, 12 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-12/segunda-leitura-ativismo-judicial-afinal-trata >. Acesso em: 05 ago. 2023.

A AUSÊNCIA DE PARIDADE DE ARMAS PARA A PROTEÇÃO DAS VÍTIMAS NO PROCESSO PENAL

MATEUS BEGHINI FERNANDES

A AUSÊNCIA DE PARIDADE DE ARMAS PARA A PROTEÇÃO DAS VÍTIMAS NO PROCESSO PENAL

MATEUS BEGHINI FERNANDES

PROFESSOR ORIENTADOR: LUIZ GUSTAVO GONCALVES RIBEIRO.

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 traz uma série de princípios explícitos e implícitos que garantem a paridade de armas no processo penal, bem como a atuação efetiva do Ministério Público em prol das vítimas e da sociedade. Contudo, não logrou o legislador infraconstitucional em outorgar ao órgão de acusação meio expedito de reforma de decisão judicial que, de forma indevida, concede soltura do réu ou investigado preso provisoriamente ou nega a sua custódia cautelar, diversamente do que ocorre com a defesa que possui o *Habeas Corpus* como remédio que possibilita o reexame célere e eficiente decisões cautelares que ordenam o encarceramento provisório de seus constituídos ou assistidos.
O tema é de alta relevância por fazer parte do desafio diário do promotor de Justiça criminal, representante das vítimas e da sociedade no processo penal, de tentar buscar, de forma rápida, a reforma de decisões judiciais equivocadas que permitem a soltura ou neguem a prisão cautelar de indivíduos que coloquem em risco a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal.
Ainda, tem como escopo auxiliar o promotor de Justiça criminal no seu cotidiano forense trazendo um estudo acerca do avanço da jurisprudência sobre o tema, seja em âmbito nacional, seja no Tribunal mineiro, bem como fazendo uma análise crítica da dificuldade de proteção da vítima no processo penal brasileiro e os meios já existentes no arcabouço normativo brasileiro que podem possibilitar um novo olhar sobre a temática.
O estudo terá a Constituição Federal de 1988 como marco inicial para a abordagem do tema pelo método dedutivo-indutivo, avançando para o exame das normas infraconstitucionais e da jurisprudência para a construção de fundamento apto a aprimorar o uso de meios que possam conferir maior rapidez na análise de recurso aviado pelo Ministério Público.

ABSTRACT: The Federal Constitution of 1988 brings forth a series of explicit and implicit principles that ensure parity of arms in criminal proceedings, as well as the effective action of the Public Prosecutor's Office on behalf of victims in criminal proceedings. However, the infraconstitutional legislator failed to grant the prosecution authority an expedited means of challenging a judicial decision that, improperly, grants the release of the defendant or suspect held in pretrial detention or denies their precautionary custody, unlike what happens with the defense, which has Habeas Corpus as a remedy allowing for swift and efficient review of decisions ordering the provisional incarceration of their clients or assisted individuals.
The topic is highly relevant as it constitutes a daily challenge for criminal prosecutors, who represent victims and society in the criminal process, attempting to swiftly seek the reform of erroneous judicial decisions that allow for the release or deny the pre-trial detention of individuals who pose a risk to public order, criminal investigation, or the enforcement of criminal law.
Furthermore, it aims to assist criminal prosecutors in their daily legal practice by presenting advancements in jurisprudence on the subject, both at the national level and within the jurisdiction of the Minas Gerais Court, while critically analyzing the difficulties in protecting victims in the Brazilian criminal process.
The study will take the 1988 Federal Constitution as its starting point for approaching the topic through the deductive-inductive method, progressing to the examination of infraconstitutional norms and jurisprudence to build a foundation capable of enhancing the use of means that can provide greater speed in the analysis of appeals filed by the Public Prosecutor's Office.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS:
CR/88 – Constituição da República de 1988. CPP – Código de Processo Penal.
CPC – Código de Processo Civil. STJ – Superior Tribunal de Justiça.
TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais. RSE – Recurso em sentido estrito.
PGJ – Procuradoria-Geral de Justiça.
MPMG – Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO 328

2 - DO TRATAMENTO PROCESSUAL INJUSTIFICADAMENTE DIFERENCIADO 328

3 - A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO TEMA 329

4 - DA INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 608/STJ 330

5 - DA AÇÃO CAUTELAR INOMINADA COMO INSTRUMENTO EFICAZ 333

6 - O EFEITO SUSPENSIVO EXAMINADO DENTRO DO PRÓPRIO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. 336
E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA – UMA EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NECESSÁRIA

7 - CONCLUSÃO 337

REFERÊNCIAS 338

1 - INTRODUÇÃO

Tem-se que a decisão judicial que indefere o pedido de revogação da prisão ou de liberdade provisória do réu ou investigado abre caminho para o ajuizamento de ação originária no respectivo tribunal *ad quem*, denominada de *Habeas Corpus*, nos termos do art. 5º, inciso LXVIII, da CR/88, para que seja examinada, inclusive em caráter liminar, sem a oitiva da parte contrária e mediante documentos anexados somente pela parte interessada, eventual ilegalidade ou abuso de poder contra seu direito de locomoção.

Trata-se de processo célere que é incontinenti distribuído a um relator para o exame liminar de eventual ilegalidade na restrição do direito de ir e vir do paciente. Não bastasse, após julgamento do mérito, nos termos da Súmula 691 do STF[1] poderá ajuizar a mesma ação (*habeas corpus*) em instancias superiores, visando novamente o reexame legal e constitucional do alegado abuso da referida prisão.

Por outro lado, a mesma sistemática célere não foi sequer de longe observada pelo legislador brasileiro quando a decisão judicial que, ao contrário, indefere pedido ministerial de prisão preventiva ou, ainda, acata pedido de liberdade provisória ou de revogação da prisão do réu ou investigado. A saga recursal do Ministério Público brasileiro tem início com a interposição de recurso em sentido estrito, instrumento que não proporciona um rápido reexame pela instancia superior da pretensão ministerial de reforma da decisão de primeiro grau.

Partindo-se de uma interpretação constitucional que exige a necessidade de igualdade das partes no processo penal e, consequentemente, nos meios de impugnação por eles utilizados, importante se pensar numa sistemática recursal que possibilite uma análise tão rápida e eficaz da pretensão recursal ministerial quanto aquela que se tem quando do exame do *habeas corpus*.

O tema em estudo tem alta relevância prática para os membros do Ministério Público brasileiro, uma vez que visa dar respaldo legal e jurisprudencial para que o Órgão Ministerial, representante das vítimas e da sociedade do processo penal, possa buscar, de forma célere e eficiente, a reforma de decisões equivocadas que neguem pedido de prisão preventiva ou que concedem a soltura de indivíduos que colocam em risco a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, tudo isso mediante utilização do cabedal legislativo e jurisprudencial já existente, ou seja, sem qualquer necessidade de mudança na lei para conferir maior efetividade à atuação do Ministério Público brasileiro no cumprimento do seu relevante mister constitucional.

Ademais, tem o presente estudo o escopo de demonstrar que a atual sistemática legal rompe com isonomia necessária ao devido processo legal, deixando o órgão estatal titular da ação penal sem o instrumental necessário, adequado, célere e eficaz para combater decisões judiciais erradas e que levam, de forma prematura, o retorno ao convívio social de pessoas que ainda deveriam estar no cárcere como forma de prevenção de novos delitos e de acautelamento do meio social.

Por fim, tem-se que a abordagem do tema se dará pelo método dedutivo- indutivo, de maneira que, tendo o art. 5º da Constituição Federal de 1988 como ponto de partida, possa se construir um raciocínio apto a fundamentar a possibilidade de manejo de instrumentos hábeis a conferir máxima eficácia ao recurso aviado pelo Ministério Público, demonstrando, mediante exame de casos concretos, como essa construção vem sendo enfrentada pelos tribunais pátrios ao longo do tempo.

2 - DO TRATAMENTO PROCESSUAL INJUSTIFICADAMENTE DIFERENCIADO

No processo penal, a decisão judicial que defere o pedido de soltura do réu ou investigado, seja por relaxamento da prisão, seja por concessão de liberdade provisória ou a que indefere pedido de prisão preventiva ou a revoga desafia o chamado recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581 do Código de Processo Penal:

> Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: (...)
>
> V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, **indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la**, **conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante**; (grifos) (BRASIL, 1941).

1 Súmula 691/STF: Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar.

Nesses casos, o Ministério Público deve se valer do contido no art. 588 e seguintes do CPP, rito que não prevê um exame liminar pela instância revisora ou tão pouco uma análise célere do pleito ministerial de reforma pela instância revisora. Assim, o caderno processual penal prevê que, após interposição de recurso será aberto o prazo para apresentação das razões ministeriais e, sucessivamente, será dada vista para a defesa oferecer suas contrarrazões para, na sequência, ser realizada a conclusão para o Magistrado realizar o juízo de retratação:

> Art. 588. Dentro de dois dias, contados da interposição do recurso, ou do dia em que o escrivão, extraído o traslado, o fizer com vista ao recorrente, este oferecerá as razões e, em seguida, será aberta vista ao recorrido por igual prazo. Parágrafo único. Se o recorrido for o réu, será intimado do prazo na pessoa do defensor.
>
> Art. 589. Com a resposta do recorrido ou sem ela, será o recurso concluso ao juiz, que, dentro de dois dias, reformará ou sustentará o seu despacho, mandando instruir o recurso com os traslados que lhe parecerem necessários. Parágrafo único. Se o juiz reformar o despacho recorrido, a parte contrária, por simples petição, poderá recorrer da nova decisão, se couber recurso, não sendo mais lícito ao juiz modificá-la. Neste caso, independentemente de novos arrazoados, subirá o recurso nos próprios autos ou em traslado. (BRASIL, 1941).

Após, é o instrumento é enviado ao Tribunal para o exame do recurso e, nos termos do regimento interno do Tribunal de Justiça de Minas Gerais[2], será ele distribuído a um relator e após remetido à Procuradoria-Geral de Justiça para confecção de parecer. Somente ao fim de todo esse trâmite será colocado o recurso em pauta para julgamento pela respectiva Câmara do Tribunal para o reexame da decisão de primeiro grau.

A prática forense nos autoriza a dizer que entre a apresentação do recurso e o julgamento do seu mérito pela instância revisora pode decorrer um prazo que varia de seis meses a um ano, nada semelhante, portanto, com o correlato meio de impugnação (*habeas corpus*) que dispõe a defesa para ter reanalisadas decisões que ordenem o encarceramento provisório do réu ou investigado ou, ainda, que indeferem o pedido de soltura.

O tratamento tão diferenciado entre Ministério Público e defesa não se justifica, uma vez que aquele atua na seara criminal como representante da vítima, ainda que seja ela toda a coletividade. Portanto, negar ao Órgão ministerial o reexame célere e eficaz de sua pretensão recursal, ainda que em sede de liminar, visando a revisão da soltura do réu ou investigado com intuito de conferir proteção à vítima, é minimizar o papel dela no processo penal, além de ir contra todo um esforço legislativo moderno para maximizar o seu protagonismo.

3 - A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO TEMA

Com o passar do tempo, a necessidade de se pensar e criar mecanismos eficazes de reexame célere de decisões que colocavam a proteção da vítima e da sociedade em xeque levou os órgãos ministeriais de todo Brasil a se valerem de mandado de segurança criminal para conferir efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito contra decisão que concedeu a liberdade provisória.

De início a estratégia foi bem sucedida como se extrai da emenda abaixo colacionada de julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

> MANDADO DE SEGURANÇA. Roubo simples. Ministério Público objetiva conferir efeito suspensivo a Recurso em Sentido Estrito interposto contra decisão que deferiu liberdade provisória, impondo ao investigado outras medidas cautelares. Cabimento. Situação excepcional. Direito líquido e certo. Comprovação do fumus boni iuris e do periculum in mora. Concessão da segurança. Ratificada a liminar. Segurança concedida. (SÃO PAULO, s.d.).

No seu voto, expos o Desembargador Relator que:

> **A alegada violação de direito líquido e certo, objeto do mandamus, reside no fato de que o recurso cabível para a pretensão da Justiça Pública, qual seja, o Recurso em Sentido Estrito, não possui efeito suspensivo previsto em lei, o que, como no presente caso, pode trazer prejuízo à pretensão ministerial.** É possível, portanto, a concessão de segurança para atribuir efeito suspensivo a recurso, desde que evidenciada a presença do fumus boni iuris e do periculum in mora, como ocorre

2 Art. 494. Protocolados, fiscalizados, conferidos e cadastrados, os autos serão distribuídos ao relator, e remetidos pelo cartório à Procuradoria-Geral de Justiça para emitir parecer no prazo de cinco dias.
§ 1º Retornando os autos da Procuradoria-Geral de Justiça serão eles conclusos ao relator que, no prazo estabelecido no inciso III do art. 86 deste regimento, pedirá dia para o julgamento.
§ 2º Cumprido o disposto no parágrafo anterior, será o recurso incluído na pauta de julgamento, fazendo- se a publicação e a intimação das partes pelo Diário do Judiciário eletrônico.

> in casu. Caso contrário, as partes poderiam sofrer prejuízos irreparáveis até o julgamento dos recursos. Frente ao perigo que a soltura de investigado de prática de crimes gravíssimos (roubo cometido com concurso de pessoas e corrupção de menores) representa para a sociedade e, para evitar prejuízo em decorrência da decisão judicial proferida pelo Juízo monocrático, realmente é o caso de conferir efeito suspensivo ao Recurso em Sentido Estrito interposto. (SÃO PAULO, s.d., grifo nosso).

Assim, o fundamento então utilizado era que de que o recurso ministerial aviado não possuía efeito suspensivo, fato esse que gerava direito líquido e certo à utilização do mandado de segurança para ter sua pretensão recursal avaliada de forma expedita, sob pena de prejuízos irreparáveis para a sociedade.

Embora tenha sido a estratégia inicialmente bem recepcionada por alguns tribunais estaduais, como é o caso do Tribunal de Justiça de São Paulo, o Superior Tribunal de Justiça assentou em sua jurisprudência a impossibilidade do uso do mandado de segurança para conferir efeito suspensivo em casos de decisão pela liberdade provisória ao argumento de que o legislador não previu esse efeito ao recurso em sentido estrito.

> [...] IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA PARA CONFERIR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. INADMISSIBILIDADE. [...]
>
> Hipótese na qual concedi a ordem para casar decisão do Tribunal a quo que deferiu liminar em mandado de segurança para conferir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto contra decisão que deferira ao ora agravado o direito de responder ao processo em liberdade. 2. Nos termos da jurisprudência consolidada desta Corte Superior, é incabível a impetração de mandado de segurança pelo Ministério Público para atribuir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto pela acusação (Precedentes). [...] (AgRg no HC 369841/SP) (BRASIL, 2017a).
>
> [...] TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELO PARQUET. CONCESSÃO LIMINAR DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.
>
> [...] Afigura-se incabível, na espécie, a impetração de mandado de segurança para fins de conferir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto contra decisão que indefere o pedido de prisão preventiva (precedentes). [...]" (HC 369043/SP) (BRASIL, 2017b).
>
> [...] PRISÃO PREVENTIVA. CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA PARA ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. IMPOSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO
>
> STJ. [...] Este Superior Tribunal de Justiça não admite a impetração de mandado de segurança com a finalidade de conferir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto, em face de decisão concessiva de liberdade provisória (precedentes). [...]" (AgRg no HC 354095/SP) (BRASIL, 2016a).
>
> [...] LIBERDADE PROVISÓRIA. UTILIZAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA IMPRIMIR EFEITO SUSPENSIVO A RSE. IMPOSSIBILIDADE. [...]
>
> A jurisprudência desta Corte é pacífica em inadmitir o manejo do mandado de segurança para conferir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público contra decisão que concedeu liberdade provisória ao paciente. [...] (HC 362604/SP). (BRASIL, 2016b).

Na sequência, a Terceira Seção, órgão do Superior Tribunal de Justiça que aglutina as duas turmas (quinta e sexta) com competência para julgamento de matéria penal e processual penal submetida àquela Corte, em 28/02/2018, editou a Súmula de nº 604 com o seguinte teor:

> Súmula 604/STJ: O mandado de segurança não se presta para atribuir efeito suspensivo a recurso criminal interposto pelo Ministério Público. (BRASIL, 2018).

Tratando-se de tribunal responsável por conferir uniformidade à interpretação de lei federal, o não cabimento do mandado de segurança criminal com os fins pretendidos pelos Ministério Públicos de todo país restou pacificado e cristalizado em texto sumular, colocando fim à antiga discussão sobre o tema.

4 - DA INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 608/STJ

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema já assentada no verbete sumular em destaque não passa sob o crivo de um exame de constitucionalidade mais acurado, uma vez que viola alguns princípios de estatura constitucional como se verá a seguir.

O **princípio da igualdade** foi elencado como direito fundamental pela Constituição de 1988, nos termos do art. 5º, *caput*, do referido diploma:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (BRASIL, 1988).

Para Luís Roberto Barroso (1987), sua origem remonta à Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789, França), sendo acolhida na legislação brasileira desde a Constituição Imperial de 1824 e nas que lhe seguiram.

O referido princípio funciona não só como vetor de interpretação das normas, mas também de como verdadeira norma cogente no sistema processual pátrio, velando pelas mesmas condições e oportunidades das partes que litigam em juízo de promoverem, de forma equânime, os atos voltados ao convencimento do Juiz (persuasão racional), ainda que em grau recursal.

No entendimento de Alexandre Freitas Câmara:

> Pois é exatamente para assegurar que no processo todos sejam tratados com igual respeito e consideração que o art. 7º do CPC estabelece que "[é] assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais". **Significa isto dizer que, no processo civil, é exigido que as partes tenham meios equivalentes para exercer seus direitos e faculdades processuais, atuando no processo com paridade de armas. Casos iguais ou análogos devem submeter-se, então, ao mesmo regramento processual. E casos iguais devem receber do Judiciário respostas iguais. Tem-se aí a igualdade processual**, que se manifesta de três modos distintos: igualdade de equipamentos, **igualdade de procedimentos, igualdade de resultados**. (grifos lançados). (CÂMARA, 2024, p. 53).

Nem se diga que o referido princípio positivado no art. 7º do CPC não se aplica ao processo penal, vez que o art. 3º do Código de Processo Penal[3], em patente diálogo de fontes, permite seja o caderno processual penal suplementado por princípios gerais de direito, tais como esse que consta expressamente na norma processual civil.

Assim, sob qualquer ângulo que se examine a questão, não há justificativa plausível para se permitir tratamento tão diferenciado para a mesma situação. A saber, se a defesa conta com meio célere para se provocar o reexame da decisão que deferiu a prisão provisória ao réu ou investigado, por outro lado, carece o Ministério Público de meio igualmente expedito para a reforma de decisão que concede liberdade provisória ou que nega pedido de prisão preventiva do acusado.

Em sua essência, a paridade de armas assegura que as partes em um processo judicial tenham acesso equitativo aos recursos e meios necessários para defender seus interesses de maneira eficaz.

Além disso, a paridade de armas também implica que não deve haver desequilíbrio de poder entre as partes. Isso significa que nenhuma das partes deve estar em posição de vantagem injusta sobre a outra, seja devido a disparidades econômicas, sociais, políticas ou de qualquer outra natureza.

Nesse particular convém destacar um dos precedentes que deu ensejo à mencionada Súmula 604 do Superior Tribunal de Justiça:

> [...] TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA PELO JUÍZO SINGULAR. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO PRETENDIDA PELO PARQUET. CONCESSÃO DA ORDEM PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. DESCABIMENTO DA REFERIDA IMPETRAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. DECISUM ACERTADO. RECURSO DESPROVIDO.
>
> [...] Concedida liberdade provisória, não se admite a impetração de mandado de segurança pelo Ministério Público **para fins de atribuição de efeito suspensivo a recurso em sentido estrito, que não o detém**. [...]" (AgRg no HC 377712/SP, grifos lançados). (BRASIL, 2017c).

Assim, quando o Superior Tribunal de Justiça pacifica o entendimento pelo não cabimento do mandado de segurança - para conceder efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito aviado contra decisão que concede liberdade -, em razão da ausência de direito líquido e certo ao referido efeito recursal (suspensivo) por falta de previsão legal está, na verdade, negando vigência frontal e direta ao princípio da igualdade, haja vista que inviabiliza a paridade de armas no processo penal.

3 Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

Outro cânone já está assentado há tempos pelo Supremo Tribunal Federal como princípio basilar da hermenêutica constitucional e violado pelo entendimento esposado no referido enunciado é a **teoria dos poderes implícitos**, segundo a qual, quando a Constituição Federal concede os fins, ela também confere os meios, mesmo que eles não constem expressamente no ordenamento jurídico (HC 91661) (BRASIL, 2009).

Nesse mesmo sentido, argumento Alexandre de Moraes:

> Ao erigir o Ministério Público como garantidor e fiscalizador da separação de poderes e, consequentemente, dos mecanismos de controles estatais (CF, art. 129, II), o legislador constituinte conferiu à Instituição função de resguardo ao status constitucional do cidadão, armando-o de funções, garantias e prerrogativas que possibilitassem o exercício daquelas e a defesa destes.

Incorporou-se em nosso ordenamento jurídico, portanto, a pacífica doutrina constitucional norte-americana sobre a teoria dos poderes implícitos – inherent powers –, pela qual no exercício de sua missão constitucional enumerada, o órgão executivo deveria dispor de todas as funções necessárias, ainda que implícitas, desde que não expressamente limitadas (Myers v. Estados Unidos – US 272 – 52, 118), consagrando-se, dessa forma, e entre nós aplicável ao Ministério Público, o reconhecimento de competências genéricas implícitas que possibilitem o exercício de sua missão constitucional, apenas sujeitas às proibições e limites estruturais da Constituição Federal. (MORAES, e-book).

Assim, a interpretação consolidada no verbete sumular em comento que impede ao Órgão ministerial a possibilidade de obter revisão célere de decisão que coloca em xeque a vítima ou sociedade mediante soltura prematura de investigado ou réu também nega vigência ao referido princípio de hermenêutica constitucional, uma vez que retira do Ministério Público, a quem é conferido poder-dever de defesa dos interesses sociais (**fins constitucionais**), aqui incluído a segurança pública e proteção da coletividade, os **meios** processuais eficazes e céleres para o cumprimento de sua missão constitucional.

Apesar de não ter sido citada expressamente com esse nome, a teoria em questão foi reconhecida em um caso julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Embora no caso em apreço a liminar no mandado de segurança tenha sido negada por ausência da demonstração de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, importante destacar o fundamento utilizado pela Relatora do julgado para justificar o cabimento do *mandamus* ajuizado pelo Ministério Público:

> (...) Entretanto, em que pese esta colenda 4ª Câmara de Direito Criminal adotar, em regra, o entendimento de que "tem cabimento, então, o "mandamus". Porque, em tese, há "fumus boni juris" e "periculum in mora", na medida em que **o Ministério Público, como órgão do Estado, tem o poder-dever de reclamar daquilo que eventualmente entenda venha a ferir a legislação de regência ou a sociedade, como um todo**, é certo que, excepcionalmente, no presente caso, tais requisitos não se encontram mais em evidência (...). (SÃO PAULO, grifo nosso).

Isto é, conclui-se corretamente nesse julgado que, sendo o Ministério Público órgão responsável por garantir a ordem jurídica e proteção da sociedade, deve ele possuir meios eficazes para o exercício de seu poder-dever.

Visto sob o prisma da teoria dos poderes implícitos, qualquer interpretação da lei que negue ao Ministério Público a possibilidade de uma atuação eficaz e célere em prol da coletividade e da ordem jurídica estará também em desacordo com a melhor hermenêutica constitucional, vez que o art. 127 da CF/88 assim dispõe:

> Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, **incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica**, do regime democrático e **dos interesses sociais e individuais indisponíveis**. (BRASIL, 1988).

Portanto, a Súmula 604 do Superior Tribunal de Justiça também não observou a técnica de hermenêutica constitucional da teoria dos poderes implícitos já consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, vez que a interpretação conferida retira do Ministério Público meio eficaz para o exercício da sua missão constitucional.

Outro princípio violado por esse entendimento seria o da **proporcionalidade**, aqui examinando a sua faceta de proibição da proteção deficiente. Para Gilmar Mendes e Paulo Gonet "a conceituação de uma conduta estatal como insuficiente (untermässig), porque 'ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz', nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional

em sentido estrito (unverhältnismässig im engeren Sinn)". (MENDES; BRANCO, 2023, p. 102).

Para Barroso (2024, p. 261), "poucas áreas na atuação estatal são mais passíveis de abuso do que o poder de punir. Aliás, em grande medida, a história da humanidade tem sido a imposição de limites ao poder punitivo do Estado. Por outro lado, a proteção deficiente de valores e bens jurídicos relevantes, bem como a impunidade, atrasam o processo civilizatório dos povos".

Princípio implícito em nossa constituição, decorrente do Estado democrático de direito, a proporcionalidade, ordinariamente vista como proibição de excesso na atuação estatal, também possui sua vertente de vedação da proteção deficiente, sendo essa última importante vetor de hermenêutica constitucional e que conduz pela inconstitucionalidade a intepretação sedimentada no enunciado 604 do STJ, vez que veda ao Ministério Público a possibilidade de proteção eficiente de bens jurídicos que o próprio constituinte de 1988 colocou sob velamento daquele órgão, a saber, nos termos do texto constitucional acima transcrito, a defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e individuais indisponíveis, onde se incluem o dever de proteção da vítima no processo penal e de uma sociedade mais segura.

5 - DA AÇÃO CAUTELAR INOMINADA COMO INSTRUMENTO EFICAZ

Após a edição da Súmula 604 do STJ e diante da impossibilidade de ver atribuído efeito suspensivo ao seu recurso em sentido estrito mediante o manejo do mandado de segurança, o Ministério Público brasileiro, no intuito de cumprir sua missão constitucional de proteção da coletividade e da ordem jurídica, passou a lançar mão de ações cautelares inominadas para atingir o referido fim.

A resposta tem sido positiva por parte do Superior Tribunal de Justiça, valendo destacar os seguintes precedentes daquele tribunal:

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO QUE INDEFERE LIMINAR EM CAUTELAR INOMINADA. EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. VIOLAÇÃO À SÚMULA Nº 604 DO STJ. AUSÊNCIA. SÚMULA N. 691 DO STF. INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. «É admissível o ajuizamento de ação cautelar inominada para atribuir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público contra decisão que revogou a prisão preventiva. Inaplicável, ao caso, a Súmula n. 604 do Superior Tribunal de Justiça, que é específica ao proibir o uso do mandado de segurança como via de atribuição de efeito suspensivo a recurso criminal da Acusação. (HC 485727 / SC, Relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, Dje 30/4/2019)." (EDCL no HC n. 751.088/SP, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 25/10/2022, DJe de 28/10/2022). 2. Tratando-se de habeas corpus impetrado contra decisão que indeferiu a liminar, incide à espécie a Súmula n. 691 do STF, que, por analogia, também se aplica ao caso em análise, em que se trata de impugnação de decisão liminar proferida por Desembargador Relator de ação cautelar inominada. 3. Não há ilegalidade flagrante que autorize a mitigação da incidência do enunciado sumular, na medida em que o magistrado estadual ressaltou aspectos concretos suficientes para a manutenção da custódia dos pacientes. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg-HC 874.075) (BRASIL, 2024).

> PRISÃO PREVENTIVA IMPOSTA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, NOS AUTOS DA MEDIDA CAUTELAR INOMINADA MINISTERIAL COM PRETENSÃO DE EFEITO ATIVO (PRISÃO PREVENTIVA) AO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELO PARQUET. É admissível o ajuizamento de ação cautelar Inominada para atribuir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público contra decisão que revogou a prisão preventiva. Inaplicável, ao caso, a Súmula 604, do Superior Tribunal de Justiça, que é específica ao proibir o uso do mandado de segurança como via de atribuição de efeito suspensivo a recurso criminal da Acusação. (HC 485727/SC). (BRASIL, 2010).

> AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E EXTORSÃO QUALIFICADA. PRISÃO PREVENTIVA FUNDAMENTADA. PERICULOSIDADE SOCIAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.
>
> AGRAVO DESPROVIDO. 1. Prevalece o entendimento nesta Corte de que «É admissível o ajuizamento de ação cautelar inominada para atribuir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público contra decisão que determinou a soltura do Acusado. Inaplicável, ao caso, a Súmula n. 604 do Superior Tribunal de Justiça, que é específica ao proibir o uso do mandado de segurança como via de atribuição de efeito suspensivo a recurso criminal da Acusação" (HC 572.583/SP). (BRASIL, 2020).

> Precedentes. 2. No caso, o presente habeas corpus foi impetrado contra decisão monocrática que deferiu o pleito emergencial postulado pelo Ministério Público, em sede de medida cautelar inominada em recurso em sentido estrito, restabelecendo de forma fundamentada a prisão preventiva do paciente, em razão da periculosidade social, evidenciada pela gravidade das ações imputadas e pelo risco de reiteração delitiva. Ausência de constrangimento ilegal. 3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg-HC 649.652/SP) (BRASIL, 2021a).
>
> "RECONSIDERAÇÃO NO HABEAS CORPUS. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. POSSIBILIDADE.
>
> AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Segundo a orientação firmada por esta Corte, é admissível a utilização de medida cautelar inominada para atribuir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público contra decisão que revogou a prisão preventiva. 2. Agravo regimental não provido." (RCD-HC 639.912) (BRASIL, 2021b).
>
> A jurisprudência da Sexta Turma desta Corte Superior tem considerado cabível "a decretação de prisão preventiva por meio de medida cautelar inominada, apresentada com o objetivo de atribuir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito, a qual, por sua própria natureza, sem ouvir a outra parte, não tem a feição cível, sendo diferido o contraditório ao recurso. (...). (HC 487.314/RS) (BRASIL, 2019).

Portanto, as duas Turmas (quinta e sexta) do Superior Tribunal de Justiça que tem competência para dirimir sobre questões penais e processuais penais tem reconhecido a ação cautelar inominada como instrumento hábil para atribuir efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito aviado pelo Ministério Público.

Se por um lado a jurisprudência que vem se formando no referido tribunal serve de alento para uma atuação mais incisiva e eficaz do Ministério Público brasileiro, também é certo que não se encontra, ao menos por ora e de maneira majoritária, eco dessa jurisprudência no tribunal mineiro, mesmo sendo os primeiros precedentes no STJ nesse sentido datados de mais de cincos anos.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, até em decisões mais recentes, vem concluindo, ressalvadas raras exceções, pelo não cabimento da ação cautelar inominada, valendo destacar que o fundamento é o mesmo outrora utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça para afastar o cabimento do mandado de segurança, qual seja, ausência de previsão legal de concessão de efeito suspensivo ao referido recurso, haja vista as hipóteses taxativas do art. 584 do Código de Processo Penal[4].

Destaca-se, nesse particular, alguns julgados dos anos de 2023 e 2024 para se demonstrar a recalcitrância do Tribunal mineiro em seguir o mesmo entendimento do Superior Tribunal de Justiça a quem incumbe dar a última palavra na interpretação da lei federal:

> EMENTA: AÇÃO CAUTELAR INOMINADA - ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO ATIVO A RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERE REQUERIMENTO DE PRISÃO PREVENTIVA - DESCABIMENTO - HIPÓTESES QUE NÃO ENCONTRA AMPARO LEGAL - NÃO CONHECIMENTO. - O Recurso em Sentido Estrito não comporta efeito suspensivo ativo, por ausência de previsão legal nesse sentido. Excepcionalmente, é possível a aplicação de efeito suspensivo, desde que presentes as hipóteses taxativas do art. 584 do Código de Processo Penal, o que não se verifica no caso dos autos. (Cautelar Inominada - Crime 1.0000.23.335369-7/000) (MINAS GERAIS, 2024a).
>
> EMENTA: AÇÃO CAUTELAR INOMINADA - RELAXAMENTO DO FLAGRANTE E CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA - CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO - IMPOSSIBILIDADE. O rol taxativo do art. 584 do CPP não contempla a hipótese de concessão de efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público contra decisão que revogou a prisão preventiva do réu. (Cautelar Inominada - Crime 1.0000.23.285401-8/000) (MINAS GERAIS, 2024b).
>
> EMENTA: AÇÃO CAUTELAR INOMINADA CRIMINAL - ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - IMPOSSIBILIDADE - DECISÃO PRIMEVA QUE RELAXOU A PRISÃO PREVENTIVA E DETERMINOU A RESTITUIÇÃO DOS BENS APREENDIDOS - HIPÓTESE NÃO PREVISTA NO ARTIGO 584 DO CPP.
>
> Não há previsão legal para a atribuição de efeito suspensivo ao Recurso em Sentido Estrito interposto contra decisão de revogação da prisão preventiva, consoante disposto no art. 584 do CPP. (Cautelar Inominada - Crime 1.0000.23.173235-5/000) (MINAS GERAIS, 2023a).

4 Art. 584. Os recursos terão efeito suspensivo nos casos de perda da fiança, de concessão de livramento condicional e dos ns. XV, XVII e XXIV do art. 581.

EMENTA: AÇÃO PENAL - PEDIDO MINISTERIAL - MEDIDA CAUTELAR INOMINADA - FIXADAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO - CAUTELAR INOMINADA PARA ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO À RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - POSSIBILIDADE - NO MÉRITO, NÃO DEMONSTRADA NECESSIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA NEM INSUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS - DECISÃO MANTIDA

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de ser admissível o ajuizamento de ação cautelar inominada para atribuição de efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público contra decisão que determinou a soltura do acusado.

Não demonstrada a necessidade de prisão preventiva nem a insuficiência das medidas cautelares diversas, estabelecidas na decisão que fundamentadamente concedeu o benefício, de forma a colocar em risco a ordem pública, a segurança da sociedade e a instrução do feito, esta deve ser mantida.

MEDIDA CAUTELAR INOMINADA - FIXADAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO - REQUERIDO EFEITO ATIVO/SUSPENSIVO A RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO - ROL TAXATIVO E AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO

Não havendo previsão legal para concessão de efeito suspensivo a Recurso em Sentido Estrito interposto contra decisão que revogou a prisão preventiva, sendo taxativo o rol do art.584 do CPP, não deve ser conhecida a medida cautelar proposta pelo Ministério Público. (Cautelar Inominada - Crime 1.0000.23.173546-5/000) (MINAS GERAIS, 2023b).

EMENTA: AÇÃO CAUTELAR INOMINADA - PRETENSÃO MINISTERIAL DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NA ORIGEM - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - ART. 584 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - PEDIDO CAUTELAR

INDEFERIDO. 1. Não há previsão legal para concessão de efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto contra decisão que revogou a prisão preventiva do requerido, nos termos do art. 584 do CPP. 2. A necessidade da custódia cautelar será adequadamente analisada quando do julgamento do recurso já apresentado, não havendo motivos evidentes, a priori, para imediata decretação da prisão preventiva do ora requerido. 3. Pedido cautelar indeferido. (Cautelar Inominada - Crime 1.0000.22.249577-2/000) (MINAS GERAIS, 2023c).

Foram colacionadas decisões recentes da primeira, segunda, quarta, sexta e oitava Câmaras Criminais que, ao arrepio dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, negaram o cabimento da ação cautelar inominada, ou seja, sequer examinaram o mérito lá constante.

A questão processual contida nas citadas decisões obsta ao Ministério Público mineiro de exercer, na plenitude e de forma eficiente, seu mister constitucional de proteção da vítima e da sociedade, sendo essa intepretação da norma conferida majoritariamente pelo tribunal mineiro um rompimento com a igualdade processual e com o seu corolário de paridade de armas, além deferir princípios de hermenêutica constitucional da teoria dos poderes implícitos e da proporcionalidade, aqui examinada na sua vertente da vedação da proteção deficiente, tudo conforme já explanado no tópico anterior.

Não bastasse, o mesmo entendimento majoritário no TJMG também é perfilado por alguns Órgãos da segunda instância do Ministério Público de Minas Gerais. Nesse passo, convém trazer à lume parte do parecer da Procuradoria de Justiça mineira, datado de 22 de setembro de 2022, em processo que atuei como Promotor de Justiça autor da ação cautelar com o fito de dar efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito também por mim aviado, onde constou:

> Da análise, entendemos **não assistir razão ao autor ministerial** d.v., a saber que:
>
> Como consabido, **as hipóteses em que o recurso em sentido estrito – Rese, terá efeito suspensivo estão previstas taxativamente no artigo 584 do Código de Processo Penal**, nestes termos:
>
> Art. 584. Os recursos terão efeito suspensivo nos casos de perda da fiança, de concessão de livramento condicional e dos ns. XV, XVII e XXIV do art. 581.
>
> Vê-se do dispositivo legal supra, não contemplar o efeito suspensivo, para a decisão em tela, ou seja, de concessão de liberdade provisória. (MINAS GERAIS, s.d.).

Já em 10 de abril de 2023, mais de seis meses depois do parecer acima, o mesmo Órgão da Procuradoria de Justiça manifestou pelo provimento ao recurso em sentido estrito manejado pelo Promotor de Justiça:

> Sob tais considerações, presentes os pressupostos da custódia cautelar, mister se faz a decretação da prisão preventiva do recorrido para a garantia da ordem pública, nos termos dos artigos 312 e 313, I,

> do Código de Processo Penal. Destarte, somos pelo conhecimento e provimento do recurso ministerial. (ibidem, s.d.).

Ora, se era possível antecipar a proteção das vítimas com esses mesmos fundamentos não há porque deixar que a ordem e segurança públicas sejam garantidas à sociedade mineira somente quando do julgamento do mérito recursal mais de seis meses depois. O entendimento pelo não cabimento da ação cautelar, além de ir contra a jurisprudência do STJ sobre a matéria, não respalda a efetiva proteção social e da coletividade, atribuição essa entregue pelo constituinte originário ao Ministério Público.

6 - O EFEITO SUSPENSIVO EXAMINADO DENTRO DO PRÓPRIO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA – UMA EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NECESSÁRIA

Embora vacilante no tribunal mineiro, tem-se, ao menos por ora, assentada na jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça acerca da possibilidade do cabimento da ação cautelar inominada para emprestar efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito.

É bom ressaltar que o mesmo argumento utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça– equivocado ao nosso sentir -, de ausência de previsão legal para a concessão do referido efeito (suspensivo) ao recurso em sentido estrito, utilizado para barrar o cabimento do mandado de segurança poderia facilmente ser transportado para a hipótese de cabimento da ação cautelar inominada. Tanto é assim que as decisões do TJMG se valem desse mesmo fundamento de falta de previsão no Código de Processo Penal para indeferir o cabimento da ação cautelar.

Assim, o melhor entendimento jurisprudencial seria aquele a permitir que o efeito suspensivo (ou ativo – tutela antecipada) fosse requerido e analisado no bojo do próprio recurso em sentido estrito, sem o ajuizamento de qualquer outra demanda, o qual seria examinado monocraticamente em caráter liminar pela instância revisora, evitando que o Ministério Público tivesse que ajuizar uma ação autônoma com o único objetivo de conferir o pretendido efeito recursal.

Note-se que essa solução, além de atender aos cânones constitucionais já examinados dos poderes implícitos, da isonomia (paridade de armas) e da proporcionalidade (proibição da proteção deficiente) também atende ao princípio processual da eficiência, pois permite que a pretensão (exame do efeito recursal e reexame do mérito) seja formulada pelo Órgão Ministerial e analisada pelo Poder Judiciário em um único ato, tudo em homenagem à eficiência e seu corolário da economia processual.

Aplicável ao processo penal por força do art. 3º do CPP, convém dar destaque ao que o código de processo civil dispõe expressamente sobre a aplicação do princípio da eficiência:

> Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a **eficiência**. (grifos). (BRASIL, 1941).

Assim, em obediência ao princípio da eficiência no processo, bem como sua faceta da economia processual, o Juiz deverá pautar suas decisões observando a máxima eficiência processual, incluindo optar por interpretações que levem a otimização do resultado processual (resguardar lesão ou ameaça a direito) com o menor dispêndio de tempo ou recursos, tendo sido definido o referido princípio da seguinte forma por Alexandre Freitas Câmara:

> Pois é exatamente nessa linha que se pode definir eficiência como a razão entre um resultado desejado e os custos necessários para sua produção. Evidentemente, quando se trata do processo civil, não se levam em conta apenas os custos econômicos, mas todo e qualquer dispêndio, de tempo e energias, necessário para a produção dos resultados esperados do processo civil. Assim, o sistema de prestação de justiça civil será eficiente se for capaz de conduzir à produção dos resultados esperados do processo com o mínimo de dispêndio de tempo e energias. Essas ideias, como facilmente se percebe, aproximam o conceito de eficiência do processo civil do que tradicionalmente se chamou de princípio da economia processual. (CÂMARA, 2024, p. 72).

Nesse sentido tem-se novamente o artigo 3º do Código de Processo Penal que prevê que a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

E, nesse ínterim, o artigo 995 do Código de Processo Civil prevê que os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso e, em seu parágrafo único, dispõe que a eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator se a imediata produção de seus efeitos implicar em risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, bem como se ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso, merecendo transcrição:

> Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.
>
> Parágrafo único. **A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso**. (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Importante destacar que a norma acima transcrita está no título dos recursos e no capítulo que trata das respectivas disposições gerais, sendo, portanto, aplicável a qualquer tipo de recurso.

Não bastasse, dada a similitude do recurso em sentido estrito - que em algumas hipóteses legais é enviado à instância revisora após a formação de um instrumento recursal - com o agravo de instrumento, possível ainda a aplicação analógica com o art. 1.019 do Código de Processo Civil que dispõe em seu inciso I que, recebido o agravo de instrumento no Tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do artigo 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias, **poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal**, comunicando ao Juiz sua decisão.

Aliás, essa forma de manejo recursal já foi construída, debatida e aprovada, por unanimidade no "X Simpósio de Procuradores e Promotores de Justiça da área criminal", realizado no dia 11/09/2017, como parte das atividades da Semana do Ministério Público de 2017 em oficina que tive a honra de participar, tendo a ementa a seguinte redação:

> Ementa 154 - Efeito suspensivo no novo CPC e a liberdade provisória
>
> É cabível pedido especial, de preferência em tópico apartado, ao relator do recurso em sentido estrito, com base no novo CPC (art. 1019, inciso I, do CPC c/c art. 3º do CPP), para que conceda efeito suspensivo da decisão que determinou a liberdade provisória do réu/investigado.

Vale aqui destacar que o Ministério Público atua na seara criminal como representante da vítima, ainda que seja ela toda a coletividade. Portanto, negar ao Órgão ministerial o reexame célere e eficaz de seu recurso, mesmo em sede de liminar, visando a revisão da soltura do réu ou investigado com intuito de conferir máxima proteção à vítima é minimizar o papel dela no processo penal, além de ir contra todo um esforço legislativo moderno para maximizar o papel do ofendido.

7 - CONCLUSÃO

Apesar da superação pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça do argumento de que para os casos em exame não haveria possibilidade de concessão de efeito suspensivo ou ativo ao recurso em sentido estrito por ausência de previsão legal, o qual deverá analisado mediante ação cautelar inominada ajuizada originariamente na mesma instância revisora para onde foi enviado o recurso em sentido estrito para exame, é necessária ainda uma maior evolução do tema.

Bastaria, então, que o Poder Judiciário aceitasse o aforamento das razões recursais com as respectivas peças instrutórias diretamente na instância revisora, onde seria incontinenti distribuída a um relator, o qual analisaria liminarmente o efeito a ser conferido ao recurso em sentido estrito.

Assim, seguindo o rito do agravo de instrumento, por força do art. 3º do CPP, o contraditório seria diferido, podendo a defesa apresentar suas contrarrazões ao recurso logo após o exame do pleito de efeito suspensivo ou ativo (tutela antecipada) constante no bojo da peça recursal ministerial.

Dessa forma, com menor movimentação da máquina judiciária, pois somente um recurso será aviado, e respaldando a rápida proteção ao direito das vítimas e da sociedade, tal entendimento judicial prestaria homenagens aos cânones de hermenêutica constitucional dos poderes implícitos e da proporcionalidade (proibição da proteção deficiente), além de atender ao princípio da isonomia (e seu corolário processual da paridade

de armas), bem como atenderia ao princípio processual da eficiência, já que não haveria necessidade de ajuizamento de uma nova ação judicial (cautelar inominada) com o único objeto de analisar o efeito a ser concedido ao recurso.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A igualdade perante a lei: algumas reflexões. **Revista de Direito Processual Geral**, Rio de Janeiro, n. 38, primeira série, UERJ, 1987, p. 91.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: SRV Editora, 2024. ISBN 9788553621132. Disponível em: https://integrada. minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621132/. Acesso em: 8 maio 2024. p. 261.

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: 28 out. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 3 out. 1941.

BRASIL. **Lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, 16 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus 369841/SP. 2017a. Ordem Concedida. Impetração de mandado de segurança para conferir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito. Inadmissibilidade. Precedentes. [...] Desprovido. Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Julgado em 2 fev. 2017. **Diário do Judiciário eletrônico**, 10 fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus 354095/SP. 2016a. Relator Ministro Nefi Cordeiro. Sexta Turma. Julgado em 1º set. 2016. **Diário do Judiciário eletrônico**, 13 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus 377712/SP. 2017c. Relator Ministro Jorge Mussi. Quinta Turma. Julgado em 2 maio 2017. **Diário do Judiciário eletrônico**, 9 maio 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus 874.075. Proc. 2023/0437490-1/ SP. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Quinta Turma. **Diário do Judiciário eletrônico**, 18 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus 748100/SP. Rel. Ministro convocado Jesuíno Roccato. Quinta Turma. Julgado em 28 jul. 2022. **Diário do Judiciário eletrônico**, 16 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus 649.652; Proc. 2021/0065073-8/SP. 2021a. Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Julgado em 30 mar. 2021. **Diário do Judiciário eletrônico**, 8 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 362604/SP. 2016b. Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Sexta Turma. Julgado em 16 ago. 2016**. Diário do Judiciário eletrônico**, 26 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 369043/SP. 2017b. Relator

Ministro Felix Fischer, Quinta Turma. Julgado em 15 dez. 2016. **Diário do Judiciário eletrônico**, 10 fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 485727/SC. Habeas Corpus. Processual penal. Ação cautelar ajuizada com o fim de atribuir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito [...]. Relatora Ministra Laurita Vaz. Sexta Turma. **Diário do Judiciário eletrônico**, 30 abr. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 487.314/RS. Relator Ministro Nefi Cordeiro. Sexta Turma. Julgado em 23 abr. 2019. **Diário do Judiciário eletrônico** 3 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RCD no Habeas Corpus 639.912; Proc. 2021/0012036-6; RJ. 2021b. Relator Min. Rogério Schietti Cruz. Sexta Turma. Julgado em 16 mar. 2021. **Diário do Judiciário eletrônico**, 23 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 91661. Relatora Ministra Ellen Gracie. Segunda Turma. Julgado em 10 mar. 2009. **Diário do Judiciário eletrônico** , 2 abr. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n.º 604**. A prescrição pela pena em concreto é somente da pretensão executória da pena privativa de liberdade. Brasília: STF, 28 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n.º 691**. Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar. Brasília: STF, 24 set. 2003.

CÂMARA, Alexandre F. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Grupo GEN, 2024. ISBN 9786559775910. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559775910/. Acesso em: 6 maio 2024.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. (Série IDP). São Paulo: SRV Editora, 2023. ISBN 9786553624474. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624474/. Acesso em: 8 maio 2024. p. 102.

MINAS GERAIS. Procuradoria-Geral de Justiça. **Parecer na Cautelar Inominada Criminal n.º 1.0000.22.205.672-3/000**. Minas Gerais [s.d.].

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Cautelar inominada Crime 1.0000.23.335369-7/000**. 2024a. Relator: Des. Glauco Fernandes. 2ª Câmara Criminal. Julgamento em 21 mar. 2024. Publicação da súmula em 22 mar. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Cautelar inominada Crime 1.0000.23.285401-8/000.** 2024b. Relator: Des. Alberto Deodato Neto. 1ª Câmara Criminal. Julgamento em 20 fev. 2024. Publicação da súmula em 21 fev. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Cautelar inominada Crime 1.0000.23.173235-5/000**. 2023a. Relator: Des. Maurício Pinto Ferreira. 8ª Câmara Criminal. Julgamento em 26 out. 2023. Publicação da súmula em 27 out. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Cautelar inominada Crime 1.0000.23.173546-5/000**. 2023b. Relator: Des. Bruno Terra Dias. 6ª Câmara Criminal. Julgamento em 26 set. 2023. Publicação da súmula em 27 set. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Cautelar inominada Crime 1.0000.22.249577-2/000**. 2023c. Relator: Des. Eduardo Brum. 4ª Câmara Criminal. Julgamento em 19 abr. 2023. Publicação da súmula em 20 abr. 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 39. ed. ISBN 9786559774944. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/. Acesso em: 5 maio 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Mandado de Segurança nº 2005746-82.2018.8.26.0000.** Impetrante: Ministério Público do Estado de São Paulo Impetrado: Mm(a) Juiz(a) de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Presidente Prudente Interessado: Leandro dos Santos Silva Comarca: Presidente Prudente. Voto nº 13298. São Paulo.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Mandado de Segurança nº 2252491-73.2017.8.26.0000**. Impetrante: Ministério Público do Estado de São Paulo Impetrado: Mm Juiz de Direito do Departamento de Inquéritos e Policia Judiciária da Capital - Dipo 3. Comarca: São Paulo. Voto nº 2.663. São Paulo [s.d.].

X SIMPÓSIO DE PROCURADORES E PROMOTORES DE JUSTIÇA DA ÁREA CRIMINAL. **Anais...** 11 set. 2017. Semana do Ministério Público, 2017.

INJÚRIA RACIAL COMO CRIME DE RACISMO E A IMPOSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP)

PAULA FONTENELLE DA COSTA AMADEU

INJÚRIA RACIAL COMO CRIME DE RACISMO E A IMPOSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP)

PAULA FONTENELLE DA COSTA AMADEU

PROFESSOR ORIENTADOR: PERY FRANCISCO ASSIS SHIKIDA.

RESUMO: O presente trabalho possui o escopo de verificar se é possível o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal aos crimes de injúria racial, equiparados a crime de racismo pela Lei nº 14.532/2023. Para tanto, foram examinados o Instituto do Acordo de Não Persecução Penal, que está previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 13.964/2019, cuja entrada em vigor se deu em 23/01/2020; a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor (Lei do Crime Racial); a Lei nº 14.532/2023, que alterou a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei do Crime Racial), para tipificar como crime de racismo a injúria racial; bem como os julgados do STF sobre a matéria, primordialmente o acórdão nº RHC 222.599, proferido em 07 de fevereiro de 2023, pela 2ª Turma do STF, no qual restou assentado que "o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) não abarca os crimes raciais", bem como o acórdão nº HC 154.248, proferido em outubro de 2021, através do qual o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que a injúria racial pode ser equiparada ao crime de racismo quando a ofensa for direcionada a toda uma raça ou etnia, e não apenas a uma pessoa específica. Para alicerçar esta pesquisa, utilizou-se o referencial jurídico e conceitual, e a metodologia utilizou a abordagem qualitativa, de natureza classificada como descritiva, na forma de pesquisa exploratória, elaborada com base em uma pesquisa bibliográfica de livros, dissertações, artigos publicados e revistas acadêmicas sobre o assunto, bem como pesquisa documental através da análise da legislação e jurisprudências sobre o tema. A pesquisa chegou à conclusão de que não é possível o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) aos crimes de injúria racial, por afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e por ausência do próprio requisito subjetivo do instituto, previsto no artigo 28-A do Código Penal, trazido ao ordenamento jurídico através da Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrime).

PALAVRAS-CHAVE: Injúria Racial, Racismo, Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT: The present work has the scope of verifying whether it is possible to offer the Non-Criminal Prosecution Agreement for crimes of racial insult, equated to the crime of racism by Law No. 14,532/2023. To this end, the Institute of the Criminal Non-Prosecution Agreement was examined, which is provided for in art. 28-A of the Criminal Procedure Code, introduced by Law No. 13,964/2019, which came into force on 01/23/2020; Law No. 7,716, of January 5, 1989, which defines crimes resulting from racial or color prejudice (Racial Crime Law); Law No. 14,532/2023, which amended Law No. 7,716, of January 5, 1989 (Racial Crime Law), to classify racial insult as a crime of racism; as well as the STF judgments on the matter, primarily ruling No. RHC 222599, handed down on February 7, 2023, by the 2nd Panel of the STF, in which it was established that "the Criminal Non-Prosecution Agreement (ANPP) does not cover the crimes racial slurs", as well as ruling No. HC 154248, handed down in October 2021, through which the Federal Supreme Court (STF) decided that racial slurs can be equated to the crime of racism when the offense is directed at an entire race or ethnicity , and not just to a specific person. To support the research, legal and conceptual references were used, and the methodology used a qualitative approach, classified as descriptive in nature, in the form of exploratory research, prepared based on a bibliographical research of books, dissertations, published articles and magazines academic studies on the subject, as well as documentary research through the analysis of legislation and jurisprudence on the subject. The research reached the conclusion that it is not possible to offer the Criminal Non- Prosecution Agreement (ANPP) for crimes of racial insult, as it violates the principle of human dignity and due to the absence of the institute's own subjective requirement, provided for in article 28-A of the Penal Code, brought to the legal system through Law No. 13,964/2019 (Anti-Crime Law).

KEYWORDS: Racial Injury, Racism, Criminal Non-Prosecution Agreement (ANPP) and Principle of Human Dignity.

LISTA DE SIGLAS:
ANPP - Acordo de Não Persecução Penal
CF - Constituição Federal
CNMP - Conselho Nacional do Ministério Público
CNPG - Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União
CPP - Código de Processo Penal
GNCCRIM - Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal
HC - Habeas Corpus
MPBA - Ministério Público do Estado da Bahia
MPMG - Ministério Público do Estado de Minas Gerais
MPSP - Ministério Público do Estado de São Paulo
RHC - Recurso Ordinário em Habeas Corpus
STF - Supremo Tribunal Federal
STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO 343

2 - RACISMO 343

3 - INJÚRIA RACIAL 346

4 - ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP) 349

4.1 - NOÇÕES INTRODUTÓRIAS 349

4.2 - IMPOSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AOS CRIMES RACIAIS 353

5 - CONCLUSÃO 356

REFERÊNCIAS 357

1 - INTRODUÇÃO

Será abordado neste trabalho de conclusão de curso a novidade legislativa trazida pela Lei nº 14.532/23, de 11 de janeiro de 2023, que alterou a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei do Crime Racial), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar a injúria racial como crime de racismo.

Com a referida mudança legislativa, a injúria racial passou a ser considerada como crime de racismo, pelo que se torna relevante debater acerca da possibilidade ou não de cabimento ao referido crime do Instituto do Acordo de Não Persecução Penal, introduzido no ordenamento legislativo pela Lei nº 13.964/2019, de 24 de dezembro de 2019 (Pacote Anti- Crime), cuja entrada em vigor se deu em 23/01/2020.

O objeto da pesquisa será a análise do crime de racismo (como gênero) e o Instituto do Acordo de Não Persecução Penal, tendo como norte o voto do relator Ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal, no julgado nº RHC 222599, proferido em 07 de fevereiro de 2023, pela 2ª Turma do STF, no qual restou assentado que "o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) não abarca os crimes raciais".

A principal dificuldade que cercará o trabalho será o fato de que a Lei nº 13.964/2019 não veda, expressamente, o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal aos crimes de racismo. Deste modo, será preciso fazer uma análise do ordenamento jurídico de forma integralizada, assim como realizado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal no julgado acima mencionado.

Os problemas centrais da abordagem do presente trabalho serão o crime de injúria como espécie do gênero racismo e a sua interface com o instituto despenalizador do Acordo de Não Persecução Penal.

O tema é atual diante das inovações legislativas citadas. Além disso, de extrema relevância e deve ser pesquisado vez que tem grande impacto social, por se tratar da análise do crime de racismo (gênero), conduta criminosa que assola a sociedade de maneira aviltante e tem raízes históricas que remontam ao Brasil Colonial, período em que os negros africanos foram trazidos para o Brasil para serem escravizados.

Diante dessa perspectiva, a partir de uma pesquisa exploratória, o objetivo do presente trabalho é questionar acerca da possibilidade de oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal ao crime de racismo (gênero).

Como instrumento de trabalho, foi realizada pesquisa exploratória bibliográfica a partir de obras especializadas na matéria, bem como pesquisa documental por meio da análise da legislação penal e processual penal que trata do Acordo de Não Persecução Penal e da punição aos crimes de racismo e injúria racial. Foram, ainda, realizadas pesquisas em textos fornecidos pela Internet, revistas e periódicos, para compor os estudos e as reflexões acerca dos aspectos complexos do problema a ser investigado, para o qual se procurou resposta.

Importante salientar que não se pretende, neste trabalho, esgotar o tema apresentado, mas apenas fazer uma breve análise acerca do Instituto do Acordo de Não Persecução Penal e sua correlação com o crime de injúria racial, equiparado ao crime de racismo.

O marco jurídico do trabalho será o princípio da dignidade da pessoa humana. A abordagem será qualitativa e quantitativa. A vertente metodológica será jurídico- dogmática/social, mirando o ordenamento jurídico e os impactos sociais das normas, tendo como foco a validade/efetividade das normas jurídicas. O raciocínio será o dedutivo-indutivo. A pesquisa será multidisciplinar. O tipo de investigação será a histórica, compreensiva e hermenêutica. O método será teórico e de análise de jurisprudência.

Assim, o desenvolvimento do trabalho foi dividido em seis partes. Abordar-se-á na seção 1 uma breve introdução sobre o tema. Na seção 2 será abordado o racismo. Na seção 3 será tratado o crime de injúria racial. O Instituto do Acordo de Não Persecução Penal é abordado na seção 4. Finalmente, a seção 5 contém a conclusão.

2 - RACISMO

O racismo no Brasil tem origem no regime escravocrata que estabeleceu a divisão da sociedade em razão da cor da pele da população. Aqui o racismo se mostra de forma singular, tratando-se de um "racismo à brasileira", expressão adotada pelo doutrinador e atual Presidente do Supremo

Tribunal Federal (STF) Luís Roberto Barroso, para se referir a um racismo "mais camuflado e manifestado nas estatísticas e na seletividade do sistema prisional" (2016, p. 217).

Sobre o tema leciona o referido doutrinador (BARROSO, 2016, p. 217/218):

> No Brasil, diversamente, nunca houve um conflito racial aberto ou uma segregação formal. **O racismo nesses trópicos é velado, dissimulado, encoberto pelo mito da democracia racial e pela cordialidade do brasileiro**. Este mito não resiste, porém, às análises estatísticas. Dados do IPEA demonstram que a população negra e parda, que corresponde a cerca de metade do total de habitantes, segue sub-representada entre os mais ricos e sobre-representada entre os mais pobres, equivalendo a 72% dos 10% mais pobres. Recebe, ademais, em média, 55% da renda percebida pelos brancos e a taxa de desemprego é 50% superior em relação ao restante da sociedade. Na educação, enquanto 62,8% dos estudantes brancos de 18 a 24 anos cursam nível superior, apenas 28,2% dos negros nessa idade estão nas universidades. (grifo nosso)

Almeida (2021, p. 66/67), atual Ministro dos Direitos Humanos e da Cidadania do Brasil, define racismo como um:

> Processo político, social, econômico, cultural e histórico que funciona por meio de violações de direitos e violências contra um grupo humano cujos corpos estão mais distantes do acesso a direitos, espaços de poder e oportunidades e mais próximos das exclusões, discriminações e preconceitos. Ao mesmo tempo em que o racismo cria e recria obstáculos para as pessoas racializadas (...), ele age na promoção da permanência de facilidades de acesso e privilégios em favor do grupo racial dominante (...). O racismo também pode ser compreendido através da visão segundo a qual existe uma relação hierárquica entre as raças, o que conferiria traços de superioridade, como inteligência, beleza, caráter etc., para o grupo social formado pelas pessoas brancas.

Para Almeida (2021) o racismo tem caráter sistêmico. Nesse sentido:

> (...) o racismo- que se materializa como discriminação racial-é definido por seu caráter sistêmico. Não se trata, portanto, de apenas um ato discriminatório ou mesmo de um conjunto de atos, mas de um processo em que condições de subalternidade e de privilégio que se distribuem entre grupos raciais se reproduzem nos âmbitos da política, da economia e das relações cotidianas. (...) (ALMEIDA, 2021, p. 34).

No Brasil o racismo está entranhado na sociedade, de forma estrutural.

Ribeiro (2019, p. 4/6) explica o racismo contra os negros como a estrutura que fundamenta a sociedade do Brasil:

> O primeiro ponto a entender é que falar sobre racismo no Brasil é sobretudo, fazer um debate estrutural. É fundamental trazer a perspectiva histórica e começar pela relação entre escravidão e racismo, mapeando suas consequências. Deve-se pensar como esse sistema vem beneficiando economicamente por toda a história população branca, ao passo que a negra, tratada como mercadoria, não teve acesso a direitos básicos e à distribuição de riquezas.
>
> É importante lembrar que, apesar de a Constituição do Império de 1824 determinar que a educação era um direito de todos os cidadãos a escola estava vetada para pessoas negras escravizadas. A cidadania se estendia a portugueses e aos nascidos em solo brasileiro, inclusive a negros libertos. Mas esses direitos estavam condicionados a posses e rendimentos, justamente para dificultar aos libertos o acesso à educação.
>
> Havia também a Lei de Terras de 1850, ano em que o tráfico negreiro passou a ser proibido no Brasil – embora a escravidão tenha persistido até 1888. Essa lei extinguia a apropriação de terras com base na ocupação e dava ao Estado o direito de distribuí-las somente mediante a compra. Dessa maneira, ex-escravizados tinham enormes restrições, pois só quem dispunha de grandes quantias poderia se tornar proprietário. A lei transformou a terra em mercadoria ao mesmo tempo em que facilitou o acesso a antigos latifundiários – embora imigrantes europeus tenham recebido concessões, como a criação de colônias.
>
> Quando estudamos a história do Brasil, vemos como esses e outros dispositivos legais, estabelecidos durante e após a escravidão, contribuem para a manutenção da mentalidade "casa-grande e senzala" no país em que nas senzalas e nos quartos de empregada, a cor foi e é negra. A psicanalista Neusa Santos, autora de Tornar-se negro, de 1983, um dos primeiros trabalhos sobre a questão racial na psicologia, afirma que: 'a sociedade escravista, ao transformar o africano em escravo, definiu o negro como raça, demarcou seu lugar, a maneira de tratar e ser tratado, os padrões de interação com o branco e instituiu o paralelismo entre cor negra e posição social inferior.

De acordo com Márques (2022, p. 181), o racismo estrutural pode ser denominado como atos produzidos tendo como ponto de partida:

> (...) um conjunto de práticas discriminatórias pelas quais se garante que um grupo étnico-racial goze de privilégios em detrimento de outros. No caso do Brasil, país do continente americano que por mais tempo resistiu a abolir a escravidão (e que quando o fez, deixou os negros em total desamparo), o racismo estrutural aparece bem conjugado à violência simbólica. Desenvolvida pelas instituições e seus agentes com o fito de legitimar crenças e comportamentos dominantes, trata-se de uma expressão da violência que tem relação com o exercício da autoridade.

Sobre o racismo estrutural Almeida (2021) tece alguns comentários importantes.

> A tese central é a de que o racismo é sempre estrutural, ou seja, de que ele é um elemento que integra a organização econômica e política da sociedade. Em suma, o que queremos explicitar é que o racismo é a manifestação normal de uma sociedade e não um fenômeno patológico ou que expressa algum tipo de anormalidade. O racismo fornece o sentido, a lógica e a tecnologia para a reprodução das formas de desigualdade e violência que moldam a vida social contemporânea. De tal sorte, todas as outras classificações são apenas modos parciais-e, portanto, incompletos-de conceber o racismo. Em suma, procuramos demonstrar neste livro que as expressões do racismo no cotidiano, seja nas relações interpessoais, seja na dinâmica das instituições, são manifestações de algo mais profundo, que se desenvolve nas entranhas políticas e econômicas da sociedade (ALMEIDA, 2021, p. 20-21).

> Assim como a instituição tem sua atuação condicionada a uma estrutura social previamente existente — com todos os conflitos que lhe são inerentes —, o racismo que essa instituição venha a expressar é também parte dessa mesma estrutura. As instituições são apenas a materialização de uma estrutura social ou de um modo de socialização que tem o racismo como um de seus componentes orgânicos. Dito de modo mais direto: as instituições são racistas porque a sociedade é racista. Esta frase aparentemente óbvia tem uma série de implicações. A primeira é a de que, se há instituições cujos padrões de funcionamento redundam em regras que privilegiem determinados grupos raciais, é porque o racismo é parte da ordem social. (...) Em resumo: o racismo é uma decorrência da própria estrutural social, ou seja, do modo "normal" com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional. O racismo é estrutural. (...) Porém, o uso de termo "estrutura" não significa dizer que o racismo seja uma condição incontornável e que ações e políticas institucionais antirracistas sejam inúteis; (...) entender que o racismo é estrutural, e não um ato isolado de um indivíduo ou de um grupo, nos torna ainda mais responsáveis pelo combate ao racismo e aos racistas (ALMEIDA, 2021, p. 47-52).

> Consciente de que o racismo é parte da estrutural social e, por isso, não necessita de intenção para se manifestar, por mais que calar-se diante do racismo não faça do indivíduo moral e/ou juridicamente culpado ou responsável, certamente o silêncio o torna ética e politicamente responsável pela manutenção do racismo. A mudança da sociedade não se faz apenas com denúncias ou com o repúdio moral do racismo: depende, antes de tudo, da tomada de posturas e da adoção de práticas antirracistas (ALMEIDA, 2021, p. 52).

> Podemos compreender o racismo como estrutural a partir da ideia de que ele é parte do alicerce que funda a sociedade brasileira, ou seja, uma nação alicerçada em bases racistas. O que significa uma multiplicidade de obstáculos estruturais para o acesso de pessoas negras a direitos e oportunidades, por um lado; e, por outro, facilidades e privilégios para pessoas brancas. O racismo é a regra na sociedade brasileira, não uma exceção, e por isso ele atravessa todas as relações e está presente na formação de todos os sujeitos, não importa a cor/raça, a classe social e o engajamento político (ALMEIDA, 2021, p. 68/69).

Para Moreira (2017, p. 57) os crimes de racismo são crimes de ódio, denominados como[1]:

> *hate crimes e de bias-motivated crimes*, no mundo anglo-saxão" assim qualificados como "aqueles em que o agressor escolhe sua vítima em razão de esta pertencer a determinado grupo social, que tem características em comum por exemplo, raça, religião, sexo, língua, aparência física ou orientação sexual. Um subgrupo relevante dos crimes de ódio são os discursos de ódio (denominados de hate speech, no mundo anglo-saxão), por meio dos quais se dissemina o preconceito e a discriminação a um grupo de pessoas.

O primeiro diploma normativo a trabalhar o preconceito e discriminação em razão de raça ou de cor no Direito Penal no Brasil foi a Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951, chamada de Lei "Afonso Arinos", editada sob a égide da Constituição Federal de 1946, que incluía entre as contravenções

1 Embora não faça parte do escopo deste estudo, para maiores considerações sobre o tema discutido em âmbito internacional, ver, entre outros: Mazzacuva (2014) e Alkrisheh *et al.* (2024).

penais a prática de atos resultantes de preconceito de raça ou de cor, não abrangendo outras formas de preconceito.

A Constituição Federal de 1988 promoveu uma grande inovação na luta contra o racismo, vez que erigiu o racismo como crime e não mais como uma contravenção. Além disso, o art. 5º, XLII, da Constituição Federal, prevê que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei" (BRASIL, 1988, n.p).

A Constituição Federal de 1988 anunciou, assim, um patamar mínimo de proteção contra a prática do crime de racismo, abaixo do qual o legislador não pode legislar.

Segundo dispõe o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, a República Federativa do Brasil tem como princípio "a dignidade da pessoa humana", que é para Cunha (2024, n.p) "um meta-princípio", "o princípio dos princípios", ou seja, um princípio do qual decorrem todos os demais princípios. Ainda segundo Cunha (2024, n.p), "o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana está para o Direito Penal, assim como o devido processo legal está para o Processo Penal".

Já o artigo 3ª, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dispõe que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (BRASIL, 1988, n.p).

Note-se que a preocupação da Constituição Federal não é somente com raça e cor, mas sim com quaisquer outras formas de discriminação.

Além disso, entre os princípios fundamentais previstos no art. 4º da Constituição Federal de 1988, destaca-se a previsão segundo a qual a República Federativa do Brasil rege- se nas suas relações internacionais, dentre outros, pelos princípios da prevalência dos direitos humanos e do repúdio ao terrorismo e ao racismo (art. 4º, II e VIII, CF/88) (BRASIL, 1988, n.p).

Assim, verifica-se que a lei maior repudia o crime de racismo. Se é assim, não seria possível ao Ministério Público oferecer o ANPP em crimes raciais, assim como não seria possível aplicar os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Após a Constituição Federal de 1988 foi promulgada lei própria que definiu os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, qual seja a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei do Crime racial), conhecida como "Lei Caó", em homenagem ao seu autor Carlos Alberto Oliveira dos Santos. Foi a primeira lei infraconstitucional que passou a considerar o racismo como crime e não mais uma contravenção penal (BRASIL, 1989, n.p).

O crime de racismo "clássico" está previsto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89, que assim dispõe:

> Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)
>
> Pena: reclusão de um a três anos e multa.(Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97) (BRASIL, 1989, n.p.)

Se a prática criminosa não tem ofensa à dignidade ou o decoro, mas sim uma segregação da vítima pelo agente em razão de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, será considerado como crime de racismo propriamente dito e não crime de injúria racial.

3 - INJÚRIA RACIAL

Após a promulgação da Constituição de 1988, complementando a legislação infraconstitucional para o combate ao racismo, a Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997, incluiu o §3º no art. 140 do Código Penal, no capítulo que trata dos crimes contra a honra, acrescentando a figura qualificada do delito injúria, denominada de "injúria preconceituosa", "injuria racial", "injúria-preconceito", "injúria-discriminação" ou "racismo impróprio", a qual se caracterizaria quando o crime é praticado com a utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem.

Assim era o teor do referido § 3º do art. 140 do Código Penal (antes da redação dada pela Lei nº 14.532/2023) (BRASIL, 1940, n.p):

> §3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

> Pena-reclusão de um a três anos e multa (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997)

Sobre a injúria racial menciona Moreira (2020, p. 124):

> A injúria racial é um tipo de crime qualificado em função de sua maior reprovação social, julgamento decorrente da utilização de elementos negativos relacionados à raça para proferir ofensa a uma pessoa. Sua maior condenação está baseada em sua significação social: a reprodução de estereótipos sobre indivíduos que possuem uma longa história de exclusão social. Por esse motivo ela é classificada como injúria preconceituosa, por fazer menção a características individuais que têm o potencial de promover a fragmentação social por meio da estigmatização de membros de certos grupos. Tendo em vista o fato de que o racismo causa marginalização, o legislador reconhece a natureza especialmente perniciosa dessa prática.

A injúria racial, antes tipificada no Código Penal em seu artigo 140, § 3º, foi inserida no ano de 2023 na Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei de Combate ao Racismo), com a entrada em vigor da Lei nº 14.532/2023, de 11 de janeiro de 2023.

Com a alteração legislativa promovida pela Lei nº 14.532/2023, o crime de injúria racial passou a ser considerado como crime de racismo, alterando a Lei nº 7.716/89, sendo considerado, portanto, uma espécie do gênero racismo.

Assim, o crime de injúria racial foi incluído no artigo 2º-A, da Lei nº 7.716/89, com uma pena mais severa, com o seguinte teor (BRASIL, 1989, n.p):

> Art. 2º- A Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023) Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023)
>
> Parágrafo único. A pena é aumentada de metade se o crime for cometido mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023)
>
> Note-se, outrossim, que, com essa modificação, permanece prevista no art. 140, §3º, Código Penal apenas a injúria fundada na utilização de elementos referentes à religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência.

Para Nucci (2016), porém, a equiparação do crime de injúria racial ao crime de racismo se deu muito antes de 2023, mais precisamente desde a vigência da Lei nº 9.459/97, que introduziu a injúria racial no ordenamento jurídico. Segundo ele, a referida lei teria positivado mais uma modalidade delitiva no sistema de combate ao racismo, que, por consequência, também seria imprescritível, inafiançável e punida com pena de reclusão.

Nucci (2016) afirma que desde a edição da Lei nº 9.459/97 a injúria racial já seria equiparada ao crime de racismo, uma vez que o rol de crimes estabelecidos pela Lei nº 7.716/89 (Lei do Crime racial) não é taxativo. Sobre o tema:

> Injúria racial e racismo: o art. 5º, XLII, da Constituição Federal preceitua que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei". O racismo é uma forma de pensamento que teoriza a respeito da existência de seres humanos divididos em raças, em face de suas características somáticas, bem como conforme sua ascendência comum. A partir dessa separação, apregoa a superioridade de uns sobre os outros, em atitude autenticamente preconceituosa e discriminatória. Vários estragos o racismo já causou à humanidade em diversos lugares, muitas vezes impulsionando ao extermínio de milhares de seres humanos, a pretexto de serem inferiores, motivo pelo qual não mereceriam viver. Da mesma forma que a Lei 7.716/89 estabelece várias figuras típicas de crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor, não quer dizer, em nossa visão, que promova um rol exaustivo. Por isso, com o advento da Lei 9.459/97 introduzindo a denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão (NUCCI, 2016, p. 831).

Antes de estar previsto na legislação, o reconhecimento do crime de injúria racial como crime de racismo já era realizado, também, pela jurisprudência pátria brasileira.

Um exemplo disso é a seguinte decisão proferida em 2015 pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2015, n.p):

> PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INJÚRIA RACIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA NOS AUTOS DE CERTIDÃO EMITIDA POR SERVENTUÁRIO DA JUSTIÇA ABRINDO PRAZO PARA A RESPOSTA AO REFERIDO RECURSO. TEMPESTIVIDADE DO AGRAVO AFERIDA EM CONFORMIDADE COM A SÚMULA N.448 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. DECISÃO EXTRA PETITA. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO DE ARTIGOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INVIABILIDADE EM RECURSO ESPECIAL. IMPRESCRITIBILIDADE DO DELITO DE INJÚRIA RACIAL. DECADÊNCIA. INEXISTÊNCIA, IN CASU. RECUR-

SO DESPROVIDO. 1. Não há que se falar em cerceamento de defesa, porquanto consta dos autos documento assinado por serventuário da justiça certificando que, em 22.1.2015, as partes foram intimadas para responderem, no prazo de 5 (cinco) dias, o recurso de agravo em recurso especial. 2. O agravo é tempestivo, pois consoante a Súmula n.448 do Supremo Tribunal Federal: "O prazo para o assistente recorrer, supletivamente, começa a correr imediatamente após o transcurso do prazo do Ministério Público."

In casu, sequer consta nos autos a informação de que o Ministério Público tenha sido intimado pessoalmente da decisão que inadmitiu o recurso especial. 3. O recurso da parte adversa traz tópico específico acerca da prescrição, não havendo que se falar em decisão extra petita, no ponto. 4. Não cabe, na via do recurso especial, a análise de suposta violação de artigos da Constituição Federal. **De acordo com o magistério de Guilherme de Souza Nucci, com o advento da Lei n.9.459/97, introduzindo a denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão.**

5. A injúria racial é crime instantâneo, que se consuma no momento em que a vítima toma conhecimento do teor da ofensa. No presente caso a matéria ofensiva foi postada e permaneceu disponível na internet por largo tempo, não sendo possível descartar a veracidade do que alegou a vítima, vale dizer, que dela se inteirou tempos após a postagem (elidindo-se a decadência). O ônus de provar o contrário é do ofensor. 6. A dúvida sobre o termo inicial da contagem do prazo decadencial, na hipótese, deve ser resolvida em favor do processo. Agravo Regimental desprovido." (AgRg no AREsp 686.965/DF, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 31/08/2015) (grifo nosso).

Em outubro de 2021, no julgamento do HC nº 154.248, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que a injúria racial pode ser equiparada ao crime de racismo quando a ofensa for direcionada a toda uma raça ou etnia, e não apenas a uma pessoa específica.

Segue a ementa da referida decisão (STF, 2021, n.p):

Ementa: HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. INJÚRIA RACIAL (ART. 140, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). ESPÉCIE DO GÊNERO RACISMO. IMPRESCRITIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. Depreende-se das normas do texto constitucional, de compromissos internacionais e de julgados do Supremo Tribunal Federal o reconhecimento objetivo do racismo estrutural como dado da realidade brasileira ainda a ser superado por meio da soma de esforços do Poder Público e de todo o conjunto da sociedade. 2. **O crime de injúria racial reúne todos os elementos necessários à sua caracterização como uma das espécies de racismo**, seja diante da definição constante do voto condutor do julgamento do HC 82.424/RS, seja diante do conceito de discriminação racial previsto na Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. 3. **A simples distinção topológica entre os crimes previstos na Lei 7.716/1989 e o art. 140, § 3º, do Código Penal não tem o condão de fazer deste uma conduta delituosa diversa do racismo, até porque o rol previsto na legislação extravagante não é exaustivo**. 4. **Por ser espécie do gênero racismo, o crime de injúria racial é imprescritível.** 5. Ordem de habeas corpus denegada. (HC 154248, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 28-10-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022) (grifo nosso).

Importante citar o voto do relator Ministro Edson Fachin proferido em sede do HC 154.248, acima mencionado (STF, 2021, p. 16/20):

Homens e mulheres não são negros apenas pela cor da pele, mas pela atribuição de sentidos que apagam as riquezas de suas ancestralidades e os qualificam a partir de valores negativos, até mesmo desumanizantes (a exemplo do comum xingamento que utiliza a expressão "macaco"), que ditam a maneira de como estes sujeitos se apresentam no mundo e de como lhe são atribuídas desvantagens.

Assim, são considerados desprovidos de habilidades e competências para ocupar espaços de poder e ao mesmo tempo tidos como natos em periculosidade não apenas para determinar o ato de alguém atravessar para o outro lado rua quando caminha ao encontro de um homem negro, mas até mesmo possibilitar o automático reconhecimento de autoria de crimes.

(...)

A injúria racial consuma os objetivos concretos da circulação de estereótipos e estigmas raciais ao alcançar destinatário específico, o indivíduo racializado, o que não seria possível sem seu pertencimento a um grupo social também demarcado pela raça. Aqui se afasta o argumento de que o racismo se dirige contra grupo social enquanto que a injúria afeta o indivíduo singularmente. A distinção é uma operação impossível, apenas se concebe um sujeito como vítima da injúria racial se ele se amoldar aos estereótipos e estigmas forjados contra o grupo ao qual pertence.

(...)

> Mostra-se insubsistente, desse modo, a alegação de que há uma distinção ontológica entre as condutas previstas na Lei 7.716/1989 e aquela constante do art. 140, § 3º, do CP. Em ambos os casos, há o emprego de elementos discriminatórios baseados naquilo que sóciopoliticamente constitui raça (não genético ou biologicamente), para a violação, o ataque, a supressão de direitos fundamentais do ofendido. Sendo assim, excluir o crime de injúria racial do âmbito do mandado constitucional de criminalização por meras considerações formalistas desprovidas de substância, por uma leitura geográfica apartada da busca da compreensão do sentido e do alcance do mandado constitucional de criminalização é restringir-lhe indevidamente a aplicabilidade, negando-lhe vigência.

De acordo com o relator foi o voto do Ministro do STF Alexandre de Moraes em sede do HC 154.248 (STF, 2021, p. 42). Veja:

> Entendo que devemos dar aqui a interpretação que venha a permitir a efetivação plena do combate ao racismo previsto pela Constituição, porque somente com essa interpretação plena, que permita a efetivação do combate ao racismo, nós poderemos produzir efetivos e inúmeros resultados positivos para extirpar essa prática secular no Brasil, promovendo - e aqui vem a ideia de reparação, de redistribuição, de reconhecimento - uma espécie de compensação pelo tratamento aviltante historicamente aplicado à população negra no Brasil - a ideia de reparação -, viabilizando, dessa forma, um acesso diferenciado à responsabilização penal daqueles que tradicionalmente vêm desrespeitando e discriminando os negros - a ideia de redistribuição. E somente com isso nós poderemos atenuar, por meio dessas condenações penais - e aqui sempre o sentido de retribuição, mas o sentido de prevenção também -, esse sentimento de inferiorização que as pessoas racistas querem impor às suas vítimas.

4 - ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP)

4.1 - NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), de 7 de agosto de 2017, alterada pela Resolução nº 183/2018, dispõe em seu artigo 18 sobre o Instituto do Acordo de Não Persecução Penal, sendo considerado o embrião do ANPP tal como é conhecido atualmente.

A Lei nº 13.964/2019 aperfeiçoou a legislação penal e processual penal, introduzindo ao Código de Processo Penal (CPP) o art. 28-A, que disciplinou o Instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), estabelecendo (BRASIL, 2019, n.p):

> Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
>
> I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
>
> II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
>
> III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
>
> IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto- Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
>
> V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
>
> § 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
>
> § 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
>
> - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

II - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

III - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência).

O Acordo de Não Persecução Penal se conceitua como sendo (CUNHA, 2022, p. 255):

> (...) o ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado.

Soares *et al.* (2020, p. 215) definem o Acordo de Não Persecução Penal:

> Os ANPPs são acordos estabelecidos entre a acusação e o investigado confessor, com o intuito de que haja o encerramento do processo criminal. É a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, com a imposição de determinados requisitos e condições para sua incidência.
>
> Para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal pelo Ministério Público há a necessidade de que o investigado tenha confessado formal e circunstanciadamente a prática do delito.

Importante ressaltar que a confissão apta a ensejar a oferta da medida despenalizadora deve ser detalhada e suficientemente coerente, conforme afirma Cabral (2022, p. 128):

> A confissão, ademais, não pode ser uma confissão magra, simplesmente confirmando o objeto da investigação. Deve ser algo detalhado, estando acompanhada de narrativa suficientemente coerente e convincente sobre a prática criminosa, a ponto de transmitir consistência e veracidade. Deverá, portanto, falar livremente, com suas próprias palavras, sem conduções e sem o auxílio de terceiros, a respeito dos fatos apurados na investigação, além disso não poderá ser uma confissão parcial, deverá incluir autores e partícipes, além do que não poderá ser uma confissão qualificada, nem retratada.

As normas que regem o instituto do ANPP possuem natureza mista, vez que compostas por normas de caráter penal e processual penal. É uma modalidade de justiça negocial e por isso se assemelha aos princípios e postulados básicos da transação penal e da suspensão condicional do processo. Ademais, compete com exclusividade ao Ministério Público a análise do cabimento do benefício e, para tanto, além de questões de ordem objetiva, existem requisitos de natureza subjetiva a serem observados.

O Acordo de Não Persecução Penal é um poder-dever (discricionariedade regrada) do Ministério Público que, diante de hipóteses taxativas previstas na lei, pode convencionar com o investigado o não exercício da ação penal, desde que este se comprometa a cumprir determinadas obrigações.

Por isso o ANPP implica a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, que impõe o dever ao *Parquet* de oferecer denúncia em face da prática de um crime. Apesar do Acordo de Não Persecução Penal estar previsto no Código de Processo Penal, tem reflexo no direito penal material, podendo afetar o direito de punir do Estado. Contudo, não confere direito subjetivo ao agente, uma vez que tem caráter transacional.

Sobre as normas mistas ou híbridas assim preleciona Lima (2016, p. 96):

> (...) b) normas processuais materiais (mistas ou hibridas): são aquelas que abrigam naturezas diversas, de caráter penal e de caráter processual penal. Normas penais são aquelas que cuidam do crime, da pena, da medida de segurança, dos efeitos da condenação e do direito de punir do Estado (v.g., causas extintivas da punibilidade). De sua vez, normas processuais penais são aquelas que versam sobre o processo desde o seu início até o final da execução ou extinção da punibilidade. Assim, se um dispositivo legal, embora inserido em lei processual, versa sobre regra penal, de direito material, a ele serão aplicáveis os princípios que regem a lei penal, de ultratividade e retroatividade da lei mais benigna.
>
> A decisão judicial que homologa o ANPP tem natureza declaratória, cujo conteúdo analisará apenas a voluntariedade e a legalidade da medida, não cabendo ao magistrado tecer juízo de mérito acerca do acordo, sob pena de afronta ao princípio da imparcialidade.

Por ser o Acordo de Não Persecução Penal um instituto pré-processual, não se afigura lógico aceitar sua aplicação após iniciada a persecução penal em juízo.

A Segunda Turma do STF, por unanimidade, firmou entendimento no HC nº 220.249/SP, sob relatoria do Ministro Edson Fachin, na Sessão Virtual de 09/12/2022 a 16/12/2022, pela possibilidade de aplicação retroativa do art. 28-A do CPP a atingir tanto investigações criminais quanto ações penais em curso, até o trânsito em julgado da sentença.

Segue a ementa do referido julgado (STF, 2022, n.p):

> HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. SENTENÇA PROLATADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 13.964/2019. APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CPP. NORMA DE CONTEÚDO MISTO. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. ART. 5º, XL, CF. ORDEM CONCEDIDA. 1. A expressão "lei
>
> penal" contida no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal é de ser interpretada como gênero, de maneira a abranger tanto leis penais em sentido estrito quanto leis penais processuais que disciplinam o exercício da pretensão punitiva do Estado ou que interferem diretamente no status libertatis do indivíduo. 2. O art. 28-A do Código de Processo Penal, acrescido pela Lei 13.964/2019, é norma de conteúdo processual-penal ou híbrido, porque consiste em medida despenalizadora, que atinge a própria pretensão punitiva estatal. Conforme explicita a lei, o cumprimento integral do acordo importa extinção da punibilidade, sem caracterizar maus antecedentes ou reincidência. 3. **Essa inovação legislativa, por ser norma penal de caráter mais favorável ao réu, nos termos do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, deve ser aplicada de forma retroativa a atingir tanto investigações criminais quanto ações penais em curso**

> **até o trânsito em julgado.** Precedentes do STF. 4. A incidência do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, como norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não está condicionada à atuação do legislador ordinário. 5. Ordem concedida para reconhecer a aplicação retroativa do art. 28-A do CPP e determinar a conversão da ação criminal em diligência, a fim de oportunizar ao Ministério Público a propositura de eventual Acordo de Não Persecução Penal." (HC nº 220.249/SP, Rel. Min Edson Fachin, Segunda Turma, j. 19/12/2022) (grifo nosso).

Contudo, o marco temporal acerca da retroatividade da Lei 13.964/2019 está pendente de definição pelo Supremo Tribunal Federal, que no HC 185.913/DF (2020) afetou ao plenário a discussão.

Levando em conta decisões proferidas pelas Turmas do Supremo Tribunal Federal, a tendência talvez seja de um alargamento da retroatividade da norma, todavia, não se pode descartar alguma variante, conforme se infere da última decisão no referido HC afetado (HC 185.913/DF), proferida na sessão virtual do Plenário do STF nos dias 17.11.2023 a 24.11.2023 (STF, 2020, n.p):

> Decisão: Após o voto-vista do Ministro Alexandre de Moraes e do voto da Ministra Cármen Lúcia, ambos divergindo do Ministro Gilmar Mendes (Relator) e indeferindo a ordem de habeas corpus, **reafirmando-se o entendimento fixado no âmbito da Primeira Turma: Nas ações penais iniciadas antes da entrada em vigor da Lei 13.964/2019, é viável o acordo de não persecução penal, desde que não exista sentença condenatória e o pedido tenha sido formulado na primeira oportunidade de manifestação nos autos após a vigência do art. 28-A do CPP**; do voto do Ministro Cristiano Zanin, que acompanhava integralmente o Relator; do voto reajustado do Ministro Edson Fachin, acompanhando o Relator com ressalvas, divergindo do Relator apenas quanto aos termos da segunda parte da primeira tese a ser fixada, para afastar a exigência do requerimento para o encaminhamento ao Ministério Público para a propositura do negócio processual na primeira oportunidade de manifestação da defesa nos autos, e, quanto às demais teses, acompanhava o Relator, como também para conceder a ordem, de ofício; e do voto reajustado do Ministro Dias Toffoli, que modificava a anterior manifestação para divergir, em parte, do Relator, para afastar a exigência de que a defesa formule o pedido de análise do ANPP na primeira oportunidade de manifestação nos autos após a vigência do art. 28-A do CPP, pediu vista dos autos o Ministro André Mendonça. Plenário, Sessão Virtual de 17.11.2023 a 24.11.2023 (grifo nosso).

Em que pese seja admitida, em situações excepcionais, a propositura da medida despenalizadora do Acordo de Não Persecução Penal no curso da ação penal, tal possibilidade encontra como limite a abertura da audiência de instrução e julgamento, conforme orienta a Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no Ato CGMP nº 2, de 17 de abril de 2023 (2023, n.p):

> Momento da propositura do acordo de não persecução penal.
>
> Art. 62. A proposta de acordo de não persecução penal pode ser formulada, em regra, até o recebimento da denúncia.
>
> Parágrafo único. Nos processos com denúncia recebida a partir do advento da Lei n.º 13.964/2019, a critério do Promotor de Justiça quanto aos requisitos e ao mérito da proposta de acordo, será possível apresentá-la até a abertura da audiência concentrada de instrução e julgamento, desde que não iniciada a oitiva da primeira testemunha ou do eventual ofendido, nos casos em que:
>
> I - a proposta não foi formulada porque o denunciado não foi interrogado ou, ouvido durante a investigação criminal, exerceu o direito constitucional ao silêncio, desde que o interesse no acordo, com a confissão, seja revelado por iniciativa da defesa técnica;
>
> II - não foi possível formular a proposta de acordo porque o denunciado não teve acesso a assistência jurídica técnica na fase investigativa;
>
> III - preenchidos os requisitos de natureza objetiva, por qualquer razão a recusa na formulação da proposta não tenha sido justificada expressamente pelo Promotor de Justiça no momento do oferecimento da denúncia.

De toda sorte, enquanto não fixada definitivamente a tese, a doutrina dominante segue o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, delimitando-se, então, um marco temporal de aplicabilidade da Lei nº 13.964/2019 a fatos anteriores, desde que a denúncia não tenha sido recebida antes da vigência da nova Lei.

A título de exemplo segue acórdão recentemente publicado pelo STJ (2023, n.p):

> PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP).
>
> RETROATIVIDADE. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PRECLUSÃO.

> AGRAVO DESPROVIDO 1. **A jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça é de que o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia à data de sua vigência.** 2. Ocorrência de preclusão, pois recebida a denúncia e prolatados sentença e acórdão.3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 2.203.438/SC, relator Ministro João Batista Moreira (Desembargador Convocado do TRF1), Quinta Turma, julgado em 27/6/2023, DJe de 3/7/2023.) (grifo nosso).

4.2 - IMPOSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AOS CRIMES RACIAIS

O racismo consiste em uma das formas mais perversas, cruéis e graves de discriminação, sendo responsável por danos individuais e coletivos causados a milhões de pessoas há várias gerações.

Tal comportamento destoa das disposições basilares do Estado Democrático de Direito, que preza pela igualdade, pela dignidade da pessoa humana e busca exterminar os comportamentos discriminatórios e preconceituosos.

Da análise do artigo 28-A do Código de Processo Penal infere-se que não há vedação expressa de Acordo de Não Persecução Penal nos crimes hediondos ou equiparados, assim como não o há nos crimes de racismo, os quais são imprescritíveis e inafiançáveis.

Em que pese não constar expressamente da Lei nº 13.964/2019 a vedação à possibilidade de oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal aos crimes raciais, deve-se levar em consideração a interpretação sistemática da referida legislação com o ordenamento jurídico brasileiro, primordialmente a Lei maior, a Constituição Federal de 1988.

O princípio da dignidade da pessoa humana é a base para a análise do ordenamento jurídico brasileiro e a interpretação da Lei nº 13.964/2019, que criou o benefício do Acordo de Não Persecução Penal, também deve ser feita de acordo com o referido princípio.

O artigo 28-A *caput* do Código de Processo Penal prevê que cabe ao Ministério Público propor o Acordo de Não Persecução Penal se, no caso concreto, for ele necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção do delito.

Assim, o Ministério Público poderá se negar a formular proposta ao investigado (como por exemplo, nos crimes raciais), pois deverá ponderar previamente e fundamentar se o acordo é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (condição subjetiva e cláusula aberta de controle).

A solução negocial do Acordo de Não Persecução Penal é insuficiente para a repreensão e prevenção dos delitos raciais, conforme orientação institucional da Procuradoria- Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, contida no item 10 do ATO PGJ N.º 2, de 31 de agosto de 2021, atualizado em publicação no DOMP/MG, de 11.08.2023 (2021, n.p).

Assim, por encamparem o entendimento ora trazido, importante trazer os Enunciados nº 2 e nº 10 da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais em matéria criminal, constantes do ATO PGJ Nº 2 acima mencionado, que assim dispõem (2021, n.p):

> ENUNCIADO Nº 2: O acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§14 do art. 28-A do CPP), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto.
>
> ENUNCIADO Nº 10: Em virtude do tratamento especialmente gravoso que a CF/88 confere ao crime de racismo, é legítima a recusa de propositura de ANPP em relação aos crimes tipificados na Lei 7.716/89 e no art. 140, §3º, do Código Penal, fundamentada na insuficiência do instrumento para a reprovação e prevenção dos referidos delitos.

Dando amparo à incompatibilidade do crime de racismo com as medidas despenalizadoras, dentre elas o Acordo de Não Persecução Penal, em 2020, o Ministério Público do Estado de São Paulo (2020, n.p) emitiu a Orientação Conjunta PGJ/SP CGMP/SP nº 01/2020, que assim dispõe:

> Resolvem, com fundamento nos artigos 19, X, "d", e 37, ambos da Lei Complementar 734/93, expedir ORIENTAÇÃO CONJUNTA, a ser observada pelos órgãos de execução do Ministério Público do Estado de São Paulo, nos seguintes termos:
>
> Com o fim de obedecer e concretizar os fundamentos, objetivos e os princípios estabelecidos na Constituição Federal, nos documentos internacionais de direitos humanos, em especial na Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, os órgãos de execução do Ministério Público do Estado de São Paulo

> devem **evitar qualquer instrumento de consenso (transação penal, acordo de não persecução penal e suspensão condicional do processo) nos procedimentos investigatórios e processos criminais envolvendo crimes de racismo, compreendidos aqueles tipificados na Lei 7.716/89 e no art. 140, §3º, do Código Penal, pois desproporcional e incompatível com infração penal dessa natureza, violadora de valores sociais** (grifo nosso).

Em relação a crimes hediondos e equiparados, por exemplo, o Acordo de Não Persecução Penal também não é suficiente para a reprovação e prevenção do crime, no entender do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), conforme Enunciado nº. 22, cujo teor segue transcrito (GOIÁS, 2020, n.p):

> ENUNCIADO 22 (art. 28-A, § 2º, IV): Veda-se o acordo de não persecução penal aos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, bem como aos crimes hediondos e equiparados, pois em relação a estes o acordo não é suficiente para a reprovação e prevenção do crime.
>
> Entende-se que no caso do crime de racismo, por não ser suficiente para a reprovação e prevenção do crime, nos moldes do que se considera para os crimes hediondos, não seria possível a aplicação do Acordo de Não Persecução Penal.

Importante trazer o argumento exposto pelo relator Ministro Edson Fachin, no julgamento do RHC nº 222.599, proferido em 07 de fevereiro de 2023, pela 2ª Turma do STF, no qual equiparou a vedação do Acordo de Não Persecução Penal nos "crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor" (artigo 28-A, §2º, IV, do CPP), à vedação de aplicabilidade do benefício aos crimes de racismo, em seu gênero, abarcando, portanto, o crime de injúria racial (STF, 2023, n.p).

Restou assentado no julgado nº RHC 222.599 do STF que "o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) não abarca os crimes raciais" (STF, 2023, n.p).

Segue a ementa do referido julgado ((STF, 2023, n.p):

> EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. PRINCIPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL. OBSEVÂNCIA. NECESSIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TESE DEFENSIVA. INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CRIMERACIAL. ACORDODE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. INAPLICABILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO. 1. A
>
> construção e o efetivo alcance de uma sociedade fraternal, pluralista e sem preconceitos, tal como previsto no preâmbulo da Constituição Federal, perpassa, inequivocamente, pela ruptura com a praxis de uma sociedade calcada no constante exercício da dominação e desrespeito à dignidade da pessoa humana. 2. A promoção do bem de todos, aliás, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elencados no art. 3º da Constituição Federal de 1988. 3. **Assim, a delimitação do alcance material para a aplicação do acordo "despenalizador" e a inibição da persecutio criminis exige conformidade com o texto Constitucional e com os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro internacionalmente**, como limite necessário para a preservação do direito fundamental à não discriminação e à não submissão à tortura – seja ela psicológica ou física, ao tratamento desumano ou degradante, operada pelo conjunto de sentidos estereotipados que circula e que atribui tanto às mulheres quanto às pessoas negras posição inferior, numa perversa hierarquia de humanidades. 4. **Considerada, pois, a teleologia da excepcionalidade imposta na norma e a natureza do bem jurídico a que se busca tutelar, tal como os casos previstos no inciso IV do art. 28 do CPP, o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) não abarca os crimes raciais, assim também compreendidos aqueles previstos no art. 140, § 3º, do Código Penal** (HC 154248). 5. Recurso ordinário em habeas corpus não provido. (RHC 222599, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 07-02- 2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 22-03-2023 PUBLIC 23-03-2023) (grifo nosso)

Importante citar trecho do voto proferido por Fachin (STF, 2023, p. 09/11):

> (...)
>
> Rememoro, em especial, por conta da conduta delitiva examinada nestes autos, que, recentemente, em 19/2/2021, foi publicado, no Diário Oficial do Senado Federal, o Decreto Legislativo nº 1/2021, que aprovou o texto da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, adotada na Guatemala - por ocasião da 43ª Sessão Ordinária da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, ocorrida em 5 de junho de 2013 -, documento mais abrangente que a Convenção Internacional sobre

a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial - aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1967 e ratificada pelo Brasil em 1969 -, pois reprime as práticas discriminatórias também nos ambientes privados, além de ser contundente ao comprometer os Estados a combater o racismo estrutural e institucional.

A ratificação da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância reafirma a decisão do Estado brasileiro de reprimir de forma mais severa o racismo, em consonância, aliás, com a nossa Constituição Federal, que inibiu a concessão de fiança e a aplicação do instituto da prescrição aos crimes motivados por discriminação racial.

Em decorrência da previsão do artigo 4 do texto internacional, o Brasil se comprometeu a prevenir, eliminar, proibir e punir, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições da Convenção, todos os atos e manifestações de racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância. O artigo 10, da referida Convenção, por sua vez, exige do Brasil o compromisso de garantir às vítimas (i) tratamento equitativo e não discriminatório, (ii) acesso igualitário ao sistema de justiça, (iii) processo ágeis e eficazes e (iv) reparação justa nos âmbitos civil e criminal, naquilo que for pertinente ao caso.

(...)

Ainda que, até o momento, sob o ponto de vista quantitativo, os crimes raciais sejam punidos com reprimenda que se adequa aos requisitos objetivos à apresentação de proposta de acordo de não persecução, **os bens jurídicos protegidos, a dignidade e a cidadania racial não podem constar de objeto de qualquer negócio jurídico, sob pena de a pedagogia inserida na construção do processo de redução das desigualdades raciais perder seu norte substancial: o de aniquilar qualquer significação das pessoas negras como inferiores ou subalternas.**

"**Despenalizar" atos discriminatórios raciais, nesta quadra da história, é contrariar o esforço - já insuficiente - para a construção da igualdade racial**, levada a cabo na repressão de atos fundados em desprezíveis sentidos alimentados, diariamente, por comportamentos concretos e simbólicos reificadores de pessoas negras. (...) (grifo nosso)

Em contraponto à tese da impossibilidade de oferecimento de Acordo de Não Persecução Penal aos crimes raciais, Lívia Sant'Anna Vaz, Promotora de Justiça do MPBA e Rogério Sanches Cunha, professor deste curso e Promotor de Justiça do MPSP, defendem a possibilidade de oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal aos crimes de racismo. Nesse sentido:

(...) É que, sem desobedecer a Constituição (ou qualquer norma internacional), o ANPP pode servir ao enfrentamento do racismo, isto é, pode ser socialmente recomendável a sua utilização como mais um método autocompositivo, visando, com isso, assegurar soluções adequadas aos conflitos e satisfazer as legítimas expectativas dos titulares dos diretos envolvidos, nos exatos termos da Resolução 118/14 do Conselho Nacional do Ministério Público.

(...)

Embora haja quem defenda que um longo processo penal, por si só, já representa uma punição simbólica para o réu, é preciso recordar que também a vítima enfrenta essa mesma morosidade, na tentativa de ter acesso efetivo à justiça, terminando, na maior parte dos casos, condenada à injusta absolvição do seu agressor ou à responsabilização do réu sem qualquer reparação à vítima pelos danos (morais e/ou materiais) sofridos.

(...)

Nos poucos casos de condenação, as penas privativas de liberdade são substituídas por penas restritivas de direito, sem nenhuma atenção à reparação à vítima. Foi o que se constatou em pesquisa realizada no âmbito da Promotoria de Justiça de Combate ao Racismo e à Intolerância Religiosa do Ministério Público do Estado da Bahia, primeira desta natureza no país, instituída em 1997. Segundo o levamento – que analisou ações penais por crimes de racismo, com denúncias oferecidas entre 2016 e 2021 –, dos 82 processos penais apenas 15 foram concluídos, sendo que destes 5 geraram condenação – ou seja, 6% do total –, dentre os quais somente um resultou em reparação à vítima.

(...)

Dessa forma, se a realização de acordos processuais é expressão da atual tendência da justiça criminal, a luta antirracista no campo penal pode tê-lo como instrumento legítimo e eficaz. Com efeito, sem a demora e os custos inerentes ao processo penal, o ANPP, com mais rapidez e maior economia, sem criar campo fértil para desnecessária revitimização, pode, quando bem manejado, servir de modo suficiente para reprovação e prevenção do crime. Apenas deve-se cuidar para que, no ajuste, as cláusulas incorporem a perspectiva racial, ou seja, compreenda as relações de poder que levam à prática de atos racistas, enxergando as expectativas não só das vítimas, mas do grupo atingido pelo preconceito/discriminação racial. Nesse sentido, em crimes dessa natureza, parece importante, a despeito do silencio da lei, ouvir a vítima – como estabeleceu o Ato Normativo Conjunto nº 1, de 15 de agosto de 2022, do MP-BA, no § 8º do seu artigo 4º – para aferição dos danos sofridos, mesmo porque do racismo sempre decorre, pelo menos, dano moral à vítima, e para que suas expectativas de proteção sejam consideradas nas condições a serem estabelecidas

> pelo Ministério Público. O problema, desse modo, não está no cabimento do ANPP, mas dos ajustes que têm sido entabulados, alguns possivelmente não atentando para as peculiaridades dos crimes de racismo. A representação social de que acordos processuais são uma banalização da resposta é muito mais uma crítica às condições do acordo do que propriamente à possibilidade de se realizar acordos em si. Muitas vezes, estas representações sociais são reflexo de uma deriva punitivista que enxerga no encarceramento a única resposta possível ao conflito criminal, negligenciando o custo social e os riscos envolvidos na movimentação de um processo criminal. Portanto, cabe ao Ministério Público fazer uma autocrítica e assegurar que as condições previstas em tais acordos não sejam irrisórias e se harmonizem com a necessária proteção das vítimas, da população negra e da própria sociedade contra práticas racistas (CUNHA e VAZ, 2023, n.p).

Cunha (2024, n.p) externou a mesma posição em aula ministrada nesse curso, quando afirmou que o Acordo de Não Persecução Penal, na prática, é mais efetivo do que uma futura e eventual sentença, que ao fim do processo, muitas vezes, aplica ao autor do crime racial apenas a pena de prestação de serviço à comunidade.

Para Cunha (2024, n.p), seria aplicável o Acordo de Não Persecução Penal ao crime racial, desde que não ocorresse de forma banalizada, trabalhando o Promotor de Justiça com a pertinência das causas, tais como reparação de dano individual e coletivo, letramento racial, prestação de serviço que trabalhe questões de preconceito e discriminação, confissão, etc.

Afirma Cunha (2024, n.p) que para o oferecimento de Acordo de Não Persecução aos crimes raciais há de ser feita uma análise econômica do processo como custo-benefício e resposta à sociedade.

Contudo, possibilitar o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal aos crimes de Injúria Racial e Racismo equivaleria a diminuir a máxima efetividade das normas constitucionais, às quais deve ser atribuído o sentido de maior eficiência possível, conforme as regras de interpretação constitucional.

5 - CONCLUSÃO

Este trabalho teve como objetivo questionar acerca da possibilidade de oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal ao crime de racismo.

O ordenamento constitucional de 1988 erigiu o racismo a crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (Art. 5º, inc. XLII, CRFB), o que é condizente com o fim maior da própria Carta Política, que é de garantir a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CRFB).

Acrescente-se que, na seara de repressão à discriminação racial, firmou-se o entendimento de que o rol de delitos constante na Lei nº 7.716/89 (Lei do Racismo) não é exaustivo, podendo outros diplomas legais tipificarem condutas que também serão tidas como espécies de racismo.

O artigo 28-A *caput* do Código de Processo Penal prevê que o acordo de não persecução penal deve ser necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção do delito.

Após analisados os dados, ficou evidenciado que o racismo no Brasil é estrutural e que deve ser combatido de todos os meios possíveis, inclusive por meio do Poder Legislativo, de que é exemplo a modificação legislativa trazida pela Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023, que tipificou como crime de racismo a injúria racial.

Diante da gravidade dos crimes de racismo e, especificamente, do crime de injúria racial, bem como da preocupação estatal com a repressão de tal modalidade delitiva, conclui- se que o Acordo de Não Persecução Penal, enquanto instrumento despenalizador, não se mostra necessário e suficiente para a reprovação e prevenção dos crimes raciais.

Assim, para garantir a supremacia incondicional do texto constitucional em relação a todo o ordenamento jurídico e sua força normativa inquestionável, deve ser impossibilitado o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal aos crimes de racismo e de injúria racial, vez que a Lei nº 13.964/2019, que criou o referido instituto, deve ser interpretada de acordo com a Constituição Federal.

Para pesquisas futuras, sugere-se sejam aplicadas outras metodologias para diversificação e ampliação da análise do tema, utilizando-se, por exemplo, de dados estatísticos acerca do racismo e da efetividade de suas normas de proteção.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. Racismo Estrutural. São Paulo: Sueli Carneiro; Editora Jandaíra, 2021. 256 p. (Feminismos Plurais/coordenação Djamila Ribeiro).

ATO CGMP N° 2, DE 17 DE ABRIL DE 2023. Disponível em: https://mpnormas.mpmg.mp.br/files/1/1/1-1-D549-28-ato_cgmp_02_2023.pdf. Acesso em: 03 jul. 2024.

ATO PGJ N.° 2, DE 31 DE AGOSTO DE 2021. Diário Oficial Eletrônico do Ministério Público de Minas Gerais. Disponível em: https://www.mpmg.mp.br/diariooficial/DO- 20230811.PDF. Acesso em: 02 jul. 2024.

BARROSO, L. R.; OSORIO, A. "Sabe com quem está falando?": Notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo / Do you know who you're talking to? Notes on the principle of equality in contemporary Brazil. **Revista Direito e Práxis**, v. 7, n. 1, p. 204-232, 2016. Disponível em: https://doi.org/10.12957/dep.2016.21094. Acesso em: 02 jul. 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.

BRASIL. Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022. Promulga a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013**.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm. Acesso em: 05 ago. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 05 ago. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 05 ago. 2023.

BRASIL. Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951. Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1390.htm#:~:text=L1390&text=LEI%20No%201.390%2C%20DE%203%20DE%20JULHO%20DE%201951.&text=Inclui%20entre%20as%20contraven%C3%A7%C3%B5es%20penais,de%20ra%C3%A7a%20ou%20de%20c%C3%B4r. Acesso em: 02 jul. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019- 2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 05 ago. 2023.

BRASIL. Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para equiparar a injúria racial ao crime de racismo**.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14532.htm. Acesso em: 27 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 jan. 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997. Altera o Código Penal, e dá outras providências**.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 maio 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9459.htm. Acesso em: 27 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 686.965/DF, Rel. Ministro Ericson Maranho (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 18/08/2015, DJe 31/08/2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao? num_registro=201500822903&dt_publicacao=31/08/2015. Acesso em: 04 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp n. 2.203.438/SC, relator Ministro João Batista Moreira (Desembargador Convocado do TRF1), Quinta Turma, julgado em 27/6/2023, DJe de 3/7/2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao? num_registro=202202742930&dt_publicacao=03/07/2023. Acesso em: 02 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC nº 185.913. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF. 2020. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5917032. Acesso em: 02 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC nº 220.249/SP. Rel. Min Edson Fachin, Segunda Turma, j. 19/12/2022. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=765312573. Acesso em: 02 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 154.248. Relator(a): Edson Fachin. Tribunal Pleno, julgado em 28/10/2021. PROCESSO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp? incidente=5373453. Acesso em: 04 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. STF equipara injúria racial ao crime de racismo. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp? idConteudo=475646&ori=1. Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 222.599 / SC - Santa Catarina-Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Relator(a): Min. Edson Fachin. Julgamento: 07/02/2023. Publicação: 23/03/2023. Órgão julgador: Segunda Turma. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur476423/false. Acesso em: 02 jul. 2024.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual de Acordo de Não Persecução Penal. Ed. Podium, 2022. 128 p.

CARVALHO, P. H. O desafio da equiparação do crime de injúria racial ao crime de racismo. Consultor Jurídico, 22 de julho de 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-jul-22/opiniao-desafio-equiparacao-injuria-racial-crime-racismo. Acesso em: 01 mai. 2023.

CNMP. **Resolução nº 181, do conselho nacional do ministério público**, **de 7 de agosto de 2017.** Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf. Acesso em: 05 ago. 2023.

CUNHA, Rogério Sanches. Acordo de não persecução penal e cível. Editora Juspodivm, 2022. 255 p.

CUNHA, Rogério Sanches. Racismo e seus aspectos penais. Aula ministrada no dia 03/05/2024, no Curso de Pós-Graduação Ciências Criminais na Visão do Ministério Público. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=3bpv8rKX-Rww&feature=youtu.be. Acesso em: 01 jul. 2024.

CUNHA, Rogério Sanches; VAZ, Lívia Sant'Anna. (Im)Possibilidade de se aplicar o ANPP nos crimes de racismo. 2023. Disponível em: https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/02/09/impossibilidade-de-seaplicar-o- anpp--nos-crimes-de-racismo/. Acesso em: 01 jul. 2024.

GOIÁS. **Enunciados Interpretativos da Lei nº 13.964/2019-Lei Anticrime- CNPG/GNCCRIM**. 2020. Disponível em: https://www.mpgo.mp.br/portal/arquivos/2020/01/24/15_20_31_823_Enunciados_pacote_ant icrime_GNCCRIM_CNPG.pdf. Acesso em: 05 ago. 2023.

GONÇALVES, R. V. Racismo e injúria racial: estudo sobre os dispositivos legais e sua aplicabilidade**.** Jusbrasil, 2019. Disponível em: https://rafaelavieiragoncalves.jusbrasil.com.br/artigos/682499933/racismo-e-injuria- racialestudo-sobre--os-dispositivos-legais-e-sua-aplicabilidade. Acesso em: 30 mar. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único**.** 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. 96 p.

MÁRQUES, Fernanda Telles. À flor da pele: quando uma etnografia da violência escolar encontra o racismo estrutural brasileiro. **Revista de Estudios y Experiencias en Educación - REXE**, v. 21, n. 46, p. 171-189, 2022. Disponível em: https://revistas.ucsc.cl/index.php/rexe/article/view/1224/1036. Acesso em: 19 mar. 2024.

MARTINS, L. Equiparação do crime de injúria racial ao crime de racismo: uma análise jurídica e social. Jusbrasil, 18 de agosto de 2021. Disponível em: https://leonardomartinsadv.jusbrasil.com.br/artigos/1311088764/equiparacao-do-crime- deinjuria-racial-ao-crime-de-racismo-uma-analise-juridica-e-social. Acesso em: 01 mai. 2023.

MOREIRA, Adilson. Racismo Recreativo. São Paulo: Sueli Carneiro; Editora Jandaíra, 2020. 232 p. (Feminismos Plurais/coordenação Djamila Ribeiro).

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. O papel do Direito Penal no combate à discriminação: reflexões sobre a última versão do PLC n. 122. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 15, n. 58, p. 57, jul./set. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 831 p.

RIBEIRO, Djamila. Pequeno manual antirracista. Companhia das Letras: e-book, 2019. Disponível em: https://cogetes.epsjv.fiocruz.br/storage/ANEXO_SOCIOLOGIA_2%C2%BA-ANO_PEQUEN O_MANUAL_ANTIRRACISTA_RIBEIRO_DJAMILA-v_5f0659881d9e4.pdf. Acesso em: 02 jul. 2024.

SÃO PAULO. Orientação conjunta n. 1/2020 - PGJ/SP e CGMP/SP- aviso nº 206/2020–PGJ, de 10 de junho de 2020. Disponível em: https://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_IMG/AVISOS/206-Aviso%202020.pdf. Acesso em: 01 jul. 2024.

SILVA, Allender Barreto Lima da; OLIVEIRA, Shirley Machado de. Glossário Antidiscriminatório, Volume 3, Raça e Etnia. MPMG, Belo Horizonte, 2022. Disponível em: https://www.mpmg.mp.br/data/files/CD/21/18/FF/7A9A-48106192FE28760849A8/CCRAD%20MPMG%20Glossario%20Antidiscriminatorio%20vol%203%20-%20Raca%20e%20Etnia.pdf. Acesso em: 19 mar. 2024.

SILVA, R. M. L. D. A equiparação da injúria racial ao crime de racismo**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 95-114, jan./jun. 2013. Disponível em: http://www.ihuonline.unisinos.br/images/stories/pdf/revista_ihu_juridica/08_1/rejane_silva.pd
f. Acesso em: 01 mai. 2023.

SOARES, Rafael J.; BORRI, Luiz A.; BATTINI, Lucas A. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 5, dez./mai. 2020, p. 215.

ALKRISHEH M.; AL-KATBI S.; AL-TKHAYNEH, K. The criminal confrontation for the crimes of discrimination and hate speech: a comparative study. **Justice in Eastern Europe** v. 7, n. 2, p. 138-162, 2024. Disponível em: http: https://ajee-journal.com/upload/attaches/att_1715333281.pdf#page=138. Acesso em: 05 Jul. 2024.

MAZZACUVA, F. Justifications and purposes of negotiated justice for corporate offenders: deferred and non-prosecution agreements in the UK and US Systems of Criminal Justice. **The Journal of Criminal Law**, v. 78, n. 3, p. 249-262, 2014. https://doi.org/10.1350/jcla.2014.78.3.921

IMPLICAÇÕES DECORRENTES DA LAVRATURA DOS TERMOS CIRCUNSTANCIADOS DE OCORRÊNCIA PELA POLÍCIA MILITAR

RENATO AUGUSTO DE MENDONÇA

IMPLICAÇÕES DECORRENTES DA LAVRATURA DOS TERMOS CIRCUNSTANCIADOS DE OCORRÊNCIA PELA POLÍCIA MILITAR

RENATO AUGUSTO DE MENDONÇA

PROFESSOR O**RIENTADOR: RODRIGO IENNACO DE MORAES**

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS:
ADI - Ação direta de inconstitucionalidade
CF - Constituição Federal
CP - Código Penal
CPM - Código Penal Militar
CPP - Código de Processo Penal
CPPM - Código de Processo Penal Militar
CSMP - Conselho Superior do Ministério Público
IPM - Inquérito policial militar
MPMG - Ministério Público do Estado de Minas Gerais
PIC - Procedimento de investigação criminal
PM - Polícia Militar
PMMG - Polícia Militar do Estado de Minas Gerais
RIP - Relatório de investigação preliminar
STF - Supremo Tribunal Federal
TCO - Termo circunstanciado de ocorrência

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO 362

2 - A LEI 9.099/95 E O TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA (TCO) 362

2.1 - LEI 9.099/95 – UMA REVOLUÇÃO NO SISTEMA PROCESSUAL-PENAL BRASILEIRO 362

2.2 - TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA – NATUREZA E CONSEQUENTE ATRIBUIÇÃO PARA A SUA LAVRATURA 363

3 - A LAVRATURA DO TCO PELA POLÍCIA MILITAR 364

3.1 - DIVERGÊNCIAS SUSCITADAS NA INTERPRETAÇÃO DO ART. 69 DA LEI Nº 9.099/1995 364

3.2 - CONTEXTO EM MINAS GERAIS E NA COMARCA DE NOVA LIMA 367

3.3 - A LAVRATURA DO TCO POR ÓRGÃOS ESTRANHOS À POLÍCIA JUDICIÁRIA E A NECESSIDADE DE DILIGÊNCIAS COMPLEMENTARES 369

4 - A INCONVENIÊNCIA DA LAVRATURA DO TCO PELA POLÍCIA MILITAR QUANDO OS PRÓPRIOS AGENTES DA CORPORAÇÃO FIGURAM COMO "VÍTIMAS" DAS CONDUTAS INCRIMINADAS AOS AUTUADOS 370

4.1 VIOLAÇÕES, AINDA QUE POTENCIAIS, AOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ATUAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS 370

4.2 A LAVRATURA DO TCO COMO FORMA SUBJACENTE DE LEGITIMAR CONDUTAS POLICIAIS ABUSIVAS 371

5. DIRETRIZES QUE PODEM SER CONSIDERADAS PARA CONTENÇÃO OU DESESTÍMULO DE ABUSOS DECORRENTES DA LAVRATURA DE TERMOS CIRCUNSTANCIADOS PELA POLÍCIA MILITAR 372

5.1. LAVRATURA DO TCO PELA AUTORIDADE POLICIAL NOS CASOS EM QUE OS POLICIAIS MILITARES ESTIVEREM DIRETAMENTE ENVOLVIDOS NA OCORRÊNCIA A SER REGISTRADA 372

5.2 EFETIVA PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA PRELIMINAR DE QUE TRATA O ART. 72 DA LEI Nº 9.099/1995 373

5.3 ENCAMINHAMENTO IMEDIATO DO AUTOR DO FATO AO JUIZADO ESPECIAL – ARTS. 69 DA LEI Nº 9.099/1995 E 48, § 2º, DA LEI Nº 11.343/2006 374

6. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONDUTA CRIMINAL MILITAR, SUA INVESTIGAÇÃO E COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO 374

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS 377

REFERÊNCAS 378

1 - INTRODUÇÃO

Dentre as inúmeras inovações incorporadas ao nosso ordenamento processual-penal pela Lei 9.099/1995, que materializou o conceito jurídico de *infração de menor potencial*, deve ser dado especial relevo à substituição (em regra) do inquérito policial e do auto de prisão em flagrante pelo termo circunstanciado de ocorrência (TCO).

No presente trabalho serão abordadas inicialmente as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais envolvendo a natureza do termo circunstanciado e, como corolário, quem detém atribuição para fazê-lo, até a consolidação do entendimento, pelo STF, de que o termo *autoridade policial*, utilizado pela referida lei, abrange os policiais militares.

Em seguida, com apoio na experiência vivenciada pelo autor na atuação funcional, serão apontadas as principais implicações negativas advindas da lavratura dos termos circunstanciados pela Polícia Militar e algumas diretrizes que podem ser consideradas para contenção ou desestímulo de condutas abusivas.

Por fim, serão traçadas considerações acerca da condutas criminais que resultam em violações a direitos humanos, sua investigação e competência para julgamento à luz da jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

2 - A LEI 9.099/95 E O TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA (TCO)

2.1 - LEI 9.099/95 – UMA REVOLUÇÃO NO SISTEMA PROCESSUAL-PENAL BRASILEIRO

A Constituição Federal, no art. 98, caput e inciso I, determinou que "A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão juizados especiais providos por juízes togados, ou togados e leigos, componentes para a conciliação, o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau".

Dando cumprimento à referida norma constitucional, o Congresso Nacional promulgou a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, introduzindo no ordenamento jurídico brasileiro algumas das tendências contemporâneas de desburocratização e aceleração da justiça penal, sem descurar dos interesses das vítimas, até então pouco ou nada consideradas pelo sistema processual penal nacional.

Originariamente, o legislador estabeleceu como sendo de *pequeno potencial ofensivo*, para efeito de competência dos Juizados Especiais Criminais, as contravenções penais e crimes cuja pena máxima não exceda a um ano, excetuando- se os casos para os quais estejam previstos procedimentos especiais (art. 61 da Lei nº 9.099/95).

Posteriormente, com o advento da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, que instituiu os Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal, operou-se a redefinição do conceito de infrações de menor potencial ofensivo, passando o referido diploma a considerar como tais os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa, independentemente do procedimento a que submetidos (art. 2º, parágrafo único).

Com essa ampliação, instaurou-se uma controvérsia na doutrina e jurisprudência pátrias acerca da extensão, ou não, do novo conceito de infração de menor potencial ofensivo aos Juizados estaduais, o que só veio a ser pacificado com a edição da Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006, que, dentre outras disposições, deu nova redação ao art. 61 da Lei nº 9.099/1995, unificando o referido conceito, nos seguintes termos: "Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa."

Nesse ponto, cabe registrar que, especialmente após o alargamento da definição de infração de menor potencial ofensivo pela Lei dos Juizados Federais, passando a abarcar o extenso rol de delitos previstos no Código Penal e na legislação extravagante com penas de até dois anos, levantaram-se vozes de grande autoridade contra a adoção do montante da pena como critério único de aferição do potencial de lesividade de um delito, o que importaria em nítida e grave violação à teoria do bem jurídico (pautada na Constituição) por conferir tratamento isonômico a bens tão discrepantes entre si (bens *individuais* e bens *sociais*). Nesse sentido, mister conferir as

irrefutáveis palavras de LENIO STRECK acerca da então recém promulgada Lei nº 10.259/2001:

> Para ser mais claro e incisivo, de há muito estou convicto de que o "legislador" não tem liberdade para *incluir ou excluir tipos penais de leis que visem beneficiar acusados de crimes e tampouco prejudicá-los*. Do mesmo modo que a hediondez de um crime, isto é, as condições de possibilidades de um determinado delito ser ou não tipificado como "hediondo", há de ser perquirida na Constituição – visto que a lei penal não pode criar tutelas *que desatendam à hierarquia dos bens jurídicos constitucionais e tampouco ignorar o valor atribuído pela Constituição aos interesses de dimensões ultra-individuais e coletivas – não tenho dúvida em afirmar que também o elenco dos delitos sob o manto da nova Lei 10.259 deve estar condizente com os valores Constitucionais*.
>
> Desse modo, o legislador ordinário, ao estabelecer *que qualquer infração cuja pena máxima não ultrapasse 2 (dois) anos é uma infração de menor potencial ofensivo, sem exigir qualquer outro requisito de ordem objetiva ou subjetiva, violou, frontal e escandalosamente, preceitos fundamentais e a principiologia do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição*.

Volvendo à Lei 9.099/1995, foi ela, com toda razão, avaliada por grande parte da comunidade jurídica como tendo provocado uma verdadeira *revolução* em nosso ordenamento processual-penal pelas rupturas que promoveu em relação ao processo tradicional, instituindo um novo modelo de Justiça Criminal que privilegia o método consensual. Além de ter inaugurado o conceito de *infração de menor potencial ofensivo* e estabelecido as bases para o nascimento de uma nova *Justiça*, dentre as inovações mais impactantes trazidas pela Lei nº 9.099/1995 podem ser elencadas a adoção de medidas despenalizadoras como a transação penal, a suspensão condicional do processo (inclusive em relação aos crimes por ela não abrangidos) e a composição dos danos civis como causa de extinção da punibilidade.

Relativamente ao procedimento criminal *sumaríssimo* instituído pela Lei dos Juizados Especiais (posteriormente incorporado ao Código de Processo Penal pela Lei nº 11.719/2008), divide-se ele em duas fases, a primeira denominada *preliminar* e a segunda relativa ao processo e julgamento propriamente dito.

Em consonância com os critérios orientadores estabelecidos no art. 62 da Lei nº 9.099/1995 (oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade), o inquérito policial e o auto de prisão em flagrante, tradicionais instrumentos desencadeadores da fase preliminar da persecução penal, deram lugar, em regra, ao *termo circunstanciado de ocorrência* (TCO), que será o objeto do presente artigo, notadamente no que concerne à sua lavratura pelos agentes de polícia militar.

2.2 - TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA – NATUREZA E CONSEQUENTE ATRIBUIÇÃO PARA A SUA LAVRATURA

Apesar da relevância de que se reveste o termo circunstanciado de ocorrência como instrumento destinado à formação da *opinio delicti* do Ministério Público, necessária para subsidiar não só a propositura da ação penal, como também a transação penal, o legislador foi econômico em definições, limitando-se a estabelecer que a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao juizado, com o autor do fato e a vítima, sem elucidar o que se deve entender por *termo circunstanciado* ou *autoridade policial*.

Diante de tal cenário, questões envolvendo a natureza investigativa ou meramente informativa do termo circunstanciado, e, como corolário, se os delegados de polícia detêm exclusividade para a sua elaboração ou se se trata de atribuição afeita a qualquer agente de segurança pública, fizeram do expediente que veio a substituir o inquérito policial nos crimes de menor potencial ofensivo uma das principais fontes de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais erigidas da aplicação da Lei nº 9.099/95, como será melhor visto no item seguinte, onde será traçado, de forma suscinta, o caminho percorrido até a consolidação da Polícia Militar como um dos órgãos aptos a proceder à lavratura do termo circunstanciado e como isso vem se dando, particularmente no Estado de Minas Gerais.

3 - A LAVRATURA DO TERMO CIRCUNSTANCIADO PELA POLÍCIA MILITAR

3.1 - DIVERGÊNCIAS SUSCITADAS NA INTERPRETAÇÃO DO ART. 69 DA LEI Nº 9.099/1995

Como já referido, desde a edição da Lei nº 9.099/1995, surgiu a polêmica sobre se a expressão *autoridade policial* empregada em seu art. 69, *caput*[1], alcançava apenas os *Delegados de Polícia* ou se pretendeu o legislador abranger os agentes de todos os órgãos elencados no art. 144 da Constituição Federal como encarregados da segurança pública.

Dentre os autores mais renomados, MIRABETE (2002, p. 89-90) é um dos que defende a impossibilidade da lavratura do termo circunstanciado por outros agentes públicos que não os delegados de polícia, lecionando, de maneira contundente, que, "numa interpretação literal, lógica e mesmo legal, somente o delegado de polícia pode determinar a lavratura do termo circunstanciado a que se refere o art. 69." [...]

Marino Pazzaglini Filho, Alexandre de Moraes, Gianpaolo Smanio e Luiz Fernando Vaggione, em obra coletiva, por suas vezes sustentam que "será possível que todos os órgãos encarregados constitucionalmente da segurança pública (art. 144 da CF), tomando conhecimento da ocorrência, lavrem o termo circunstanciado e remetam os envolvidos à Secretaria do Juizado Especial, no exercício do 'ATO DE POLÍCIA'." (PAZZAGLINI FILHO, 1996, p. 35).

A Comissão Nacional instituída pela Escola Nacional da Magistratura logo após o advento da Lei nº 9.099/1995 com o intuito de conceber a esta suas primeiras interpretações, encampou esse entendimento ampliativo do conceito de *autoridade policial*, apresentando como uma de suas conclusões a de que "A expressão autoridade policial referida no art. 69 compreende quem se encontre investido em função policial, podendo a Secretaria do Juizado proceder à lavratura de termo de ocorrência e tomar as providências previstas no referido artigo."

No Fórum Nacional de Juizados Especiais – FONAJE, organização que congrega magistrados de todo país com atuação nos Juizados Especiais, prevalece a mesma intepretação ampliativa, consubstanciada no Enunciado nº 34: "Atendidas as peculiaridades locais, o termo circunstanciado poderá ser lavrado pela Polícia Civil ou Militar."

Com a edição da Lei nº 11.343/2006, muitos vislumbraram uma possível resolução da controvérsia envolvendo o conceito de *autoridade policial* adotado pela Lei dos Juizados Especiais. Isso porque a chamada "Lei Antidrogas", ao enquadrar como de menor potencial ofensivo as condutas descritas em seu art. 28, mantendo o mesmo procedimento da Lei nº 9.099/1995, com a substituição do auto de prisão em flagrante e do inquérito policial pela lavratura de termo circunstanciado e apresentação do autor do fato no Juizado Especial, empregou, no art. 48, § 4º, a expressão *autoridade de polícia judiciária* como sendo a autoridade responsável pelo recebimento e liberação do conduzido, se ausente a autoridade judicial.

De fato, por se tratar a Lei nº 11.343/2006 de diploma posterior da mesma hierarquia e natureza (no que tange ao rito procedimental), renomados estudiosos do tema concluíram que, a partir do seu advento, não haveria mais lugar para a interpretação ampliativa do conceito de *autoridade policial* empregado no art. 69 da Lei nº 9.099/1995, passando a prevalecer a interpretação de que a *autoridade policial* a que se referiu o legislador no dispositivo em questão é o *delegado de polícia de carreira*, integrante da Polícia Civil ou da Polícia Federal. Veja-se, a propósito, a posição defendida por EDUARDO CABETTE[2]:

> A predominante interpretação ampliativa exaustivamente demonstrada neste texto, embora entendida como indevida, vinha reinando praticamente incólume em relação à Lei 9099/95.
>
> O legislador em diploma ulterior (Lei 11.343/06) optou por uma alteração desse quadro, ajustando-se a um uso restritivo da expressão "Autoridade Policial", reduzindo seu alcance à "Autoridade de Polícia Judiciária" (Delegado de Polícia).
>
> Agiu com absoluto acerto e propriedade o legisla-

1 Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

2 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Autoridade policial e termo circunstanciado: necessidade de revisão dos entendimentos em face da lei de drogas**. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/autoridade-policial- e-termo-circunstanciado-necessidade-de-revisao-dos-entendimentos-em-face-da-lei-de-drogas/121937361

> dor, seja dando cumprimento irrepreensível às normas constitucionais atinentes à matéria (artigo 144, CF), seja atuando com bom senso e incumbindo a quem detém a formação e o conhecimento necessário a função de empreender incursões nem sempre simples pelo intrincado mundo jurídico.

Contudo, o fato de a Lei nº 11.343/2006 ter se referido expressamente à *autoridade de polícia judiciária* em um dos dispositivos que trata da fase preliminar do procedimento relativo ao crime do art. 28 da mesma lei, não influenciou significativamente nos debates até então já travados acerca do tema na doutrina e na jurisprudência.

O mesmo pode ser dito em relação à Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013, que, ao disciplinar a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia, dizendo caber a este a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei (...), fez com que muitas vozes se levantassem para defender que o *outro procedimento* a que se referiu o legislador vinha a ser, exatamente, o termo circunstanciado de ocorrência de que trata o art. 69 da Lei dos Juizados Especiais.

Em arremate, pode-se dizer que apesar da interpretação restrita que deve ser dada à expressão *autoridade policial* e dos indicativos emanados dos diplomas que se seguiram à Lei nº 9.099/1995, de que a elaboração do termo circunstanciado poderia estar inserida dentre as funções privativas dos delegados de polícia, o certo é que a Suprema Corte, cujas decisões têm efeito vinculante e *erga omnes*, acabou por firmar o entendimento de que a aludida atividade não configura ato exclusivo de polícia judiciária, como em seguida será examinado.

Diversos atos normativos que direta ou indiretamente conferem atribuição para lavratura de TCO's a órgãos estranhos à polícia judiciária vem sendo arguidos de inconstitucionais perante STF desde os primeiros anos de vigência da Lei nº 9.099/21995, cabendo ressaltar que muitas dessas ações não chegaram a ser conhecidas por envolverem *atos normativos secundários*, como são os decretos meramente regulamentares, resoluções, provimentos etc., os quais são insuscetíveis de análise por meio de ação de controle concentrado de constitucionalidade.

Apontado por muitos como precedente do STF que teria reconhecido a impossibilidade da lavratura de TCO's pela PM, o julgamento proferido na ADI 3.614/PR[3] na verdade não teve tal alcance, porquanto se limitou a reconhecer a inconstitucionalidade de Decreto do Estado do Paraná que atribuía a integrantes da PM daquele Estado o atendimento nas delegacias de polícia, nos municípios que não dispunham de servidor de carreira para o desempenho das funções de delegado de polícia, em afronta ao art. 144, §§ 4º e 5º da Constituição Federal.

Em que pese alguns Ministros terem feito algumas considerações acerca da lavratura de TCO's pela PM, não foi esse o cerne do julgamento, como esclarecido posteriormente pela própria Ministra Cármen Lúcia (Relatora para o Acórdão na ADI 3.614):

> "Nesse julgamento, mesmo que tenha havido incursões dos julgadores sobre o fato de policiais militares lavrarem termo circunstanciado de ocorrência, não foi esse, definitivamente, o foco do debate, menos ainda o sentido da decisão final. (...) Não se aprofundou qualquer debate sobre a ontologia, a natureza e consequências jurídicas de um termo de ocorrência circunstanciado, tudo como sói acontecer num processo objetivo de inconstitucionalidade. A questão da lavratura dos termos circunstanciados foi, naquele caso, meramente circunstancial (...)." (trecho do voto proferido na ADI 3.807).

Passada mais de uma década, o STF voltou a incursionar sobre o tema, desta feita de forma mais abrangente, mas ainda não exauriente. Com efeito, no julgamento da ADI 3.807/DF[4], ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) em face do § 3º do art. 48 da Lei nº

---

3 CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DECRETO N. 1.557/2003 DO ESTADO DO PARANÁ, QUE ATRIBUI A SUBTENENTES OU SARGENTOS COMBATENTES O ATENDIMENTO NAS DELEGACIAS DE POLÍCIA, NOS MUNICÍPIOS QUE NÃO DISPÕEM DE SERVIDOR DE CARREIRA PARA O DESEMPENHO DAS FUNÇÕES DE DELEGADO DE POLÍCIA. DESVIO DE FUNÇÃO. OFENSA AO ART. 144, CAPUT, INC. IV E V E §§ 4º E 5º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE.
(STF - ADI 3614/PR - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Relator(a): Min. GILMAR MENDES,
Relator(a) do acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, julgamento: 20/09/2007, publicação: 23/11/2007, Órgão julgador: Tribunal Pleno.

4 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 3º DO ART. 48 DA LEI N. 11.343/2006. PROCESSAMENTO DO CRIME PREVISTO NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. ATRIBUIÇÃO À AUTORIDADE JUDICIAL DE LAVRATURA DE TERMO CIRCUNSTANCIADO E REQUISIÇÃO DOS EXAMES E PERÍCIAS NECESSÁRIOS. CONSTITUCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE ATO DE INVESTIGAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE ATRIBUIÇÃO DE FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA AO PODER JUDICIÁRIO. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE.

11.343/2006 (*Lei Antidrogas*), o Plenário da Corte decidiu pela constitucionalidade do dispositivo em questão, que confere à *autoridade judicial* a possibilidade da lavratura do termo circunstanciado de ocorrência nas condutas previstas no art. 28 citada lei (posse de drogas para consumo pessoal), inclusive de forma prioritária em relação a qualquer outro órgão de segurança pública. Embora o objeto específico da impugnação tenha sido a suposta violação do sistema acusatório, decorrente da lavratura do TCO pelo próprio Juiz de Direito nas hipóteses do art. 28 da Lei Antidrogas, a Ministra Relatora, Cármen Lúcia, acabou adentrando outros aspectos polêmicos envolvendo a lavratura dos termos circunstanciados de forma geral, afirmando, com apoio nos autores por ela citados, que *o termo circunstanciado não é procedimento investigativo, mas peça informativa com descrição detalhada do fato e as declarações do condutor do flagrante e do autor do fato*.

Em demonstração das divergências que o tema suscita, no julgamento ora em comento o Ministro Marco Aurélio, contrariando a maioria, votou pela inconstitucionalidade da norma impugnada, deixando assentado que a lavratura do termo circunstanciado compreende *atividade investigatória privativa dos delegados de polícia judiciária*, não se tratando, portanto, de *mero registro de ocorrência*, pelo que, delegar tal função a outra autoridade viola a repartição de competências prevista na Constituição Federal.

Na sequência, julgando a ADI 5.637/MG[5], interposta pela mesma Associação dos Delegados de Polícia do Brasil em face do art. 191 da Lei Estadual de Minas Gerais nº 22.257/2016, que confere aos integrantes de todos os órgãos de segurança pública elencados no art. 144 da Constituição da República a atribuição para a lavratura de termo circunstanciado de ocorrência, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, desta feita por unanimidade, considerou constitucional o dispositivo questionado (que, inclusive, havia sido objeto de veto pelo Governador, posteriormente rejeitado pela Assembleia Legislativa).

No julgamento em questão, que teve como Relator o Ministro Edson Fachin, a Corte encampou o entendimento já manifestado pela Ministra Cármen Lúcia no voto condutor da ADI 3.807, no sentido de que *a lavratura de termo circunstanciado não configura atividade investigativa*, não se constituindo, portanto, atividade privativa da polícia judiciária. Logo, em se tratando de mero "ato de polícia" (cf. voto do Ministro Alexandre de Morais), pode ser praticado por todos os órgãos encarregados da segurança pública.

Por fim, cabe mencionar o recente julgamento em conjunto, pelo STF, das ADI's 6.245/DF[6] e 6.264/DF, ajuizadas, respectivamente, pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal – ADPF e Associação Nacional dos Delegados de Polícia Judiciária – ANDPJ, ambas tendo por objeto art. 6º do Decreto nº 10.073/2019, que acrescentou dispositivo ao Decreto nº 9.662/2019, conferindo à Polícia Rodoviária Federal a prerrogativa de lavrar o termo circunstanciado de ocorrência de que trata o art. 69 da Lei nº 9.099/1995.

(STF - ADI 3807/DF, Relator: CÁRMEN LÚCIA, data de julgamento: 29/06/2020, Tribunal Pleno, data de publicação: 13/08/2020)

5 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. LEI DO ESTADO DE MINAS GERAIS N.
22.257/2016. AUTORIZAÇÃO DE LAVRATURA DE TERMO CIRCUNSTANCIADO POR INTEGRANTES DOS ÓRGÃOS DE SEGURANÇA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ESTADOS. AUSÊNCIA DE DESVIO DE FUNÇÕES. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE. 1. A lavratura de termo circunstanciado não configura atividade investigativa, nem é atividade privativa da polícia judiciária. Precedentes.
2. No âmbito da competência concorrente, Estados e Distrito Federal têm competência para definir as autoridades legitimadas para a lavratura do termo circunstanciado. 3. Como não há atribuição privativa de delegado de polícia ou mesmo da polícia judiciária para a lavratura do termo circunstanciado, norma estadual que atribui essa competência à polícia militar não viola a divisão constitucional de funções entre os órgãos de segurança pública.
Ação direta julgada improcedente.
(STF - ADI 5637/MG, Relator: EDSON FACHIN, data de julgamento: 14/03/2022, Tribunal Pleno, data de publicação: 11/04/2022)

6 Direito constitucional e processual penal. ação direta de inconstitucionalidade. Lavratura de termo circunstanciado de ocorrência pela Polícia Rodoviária Federal. Possibilidade. 1. Ação direta contra decreto que conferiu à Polícia Rodoviária Federal a prerrogativa de lavrar o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) de que trata o art. 69 da Lei nº 9.099/1995. 2. Cabimento da ação direta. Decreto que inova a ordem jurídica, por não regulamentar nenhum estatuto de hierarquia superior. 3. O TCO não é ato de natureza investigativa, uma vez que visa apenas a registrar em detalhes os fatos ocorridos. É incabível, portanto, a sua comparação com o inquérito policial, que, dada a natureza investigativa, é necessariamente presidido por delegado de polícia (polícia judiciária). 4. O Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que é constitucional a lavratura de TCO por autoridade policial que não seja delegado de polícia, por não se tratar de atribuição exclusiva da polícia judiciária (ADI 5.637, Rel. Ministro Edson Fachin). 5. Improcedência do pedido. Fixação da seguinte tese de julgamento: "O Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) não possui natureza investigativa, podendo ser lavrado por integrantes da polícia judiciária ou da polícia administrativa".
(STF - ADI 6245/DF, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, data de julgamento: 22/02/2023, Tribunal Pleno, data de publicação:02-05-2023)

Na decisão tomada por unanimidade e que teve como Relator o Ministro Roberto Barroso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do ato normativo impugnado, fixando a seguinte *tese de julgamento*: "O Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) não possui natureza investigativa, podendo ser lavrado por integrantes da polícia judiciária ou da polícia administrativa".

Por sua riqueza argumentativa e potencial para pacificar, ou pelo menos atenuar as controvérsias a respeito do tema, convém transcrever os seguintes trechos do voto do Ministro ALEXANDRE DE MORAIS, a começar pelo conceito de termo circunstanciado de ocorrência que bem poderia ter sido adotado pelo legislador da Lei nº 9.099/1995:

> O termo circunstanciado de ocorrência (TCO) constitui robusta peça processual mediante a qual, nos crimes considerados de menor potencial ofensivo, formaliza-se detalhadamente a ocorrência da situação delituosa para fins de persecução nos juizados especiais criminais, ficando a cargo da autoridade policial lavrar o respectivo documento, verdadeiro substrato para a formação da *opinio delicti*.
>
> (...)
>
> A polícia administrativa é também chamada de polícia preventiva e sua função consiste no conjunto de intervenções da administração, conducentes a impor à livre ação dos particulares a disciplina exigida pela vida em sociedade, conforme acentua MARIO MARZAGÃO (Curso de direito administrativo, 6. ed., 1977, p. 108). Esta classificação foi adotada pela Constituição Federal de 1988, ao prever no art. 144, que a segurança pública, dever do Estado, é exercida para a preservação da ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, através da polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis e polícias militares e corpos de bombeiros.
>
> A Lei, ao determinar que a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, refere-se a todos os órgãos encarregados pela Constituição Federal de defesa da segurança pública (art. 144, caput), para que exerçam plenamente sua função de "restabelecer a ordem" (LOUIS ROLLAND, Précis de droit administratif, 1947, p. 396) e garantir a "boa execução da administração" (ORESTE RANELLI, La polizia di sicurezza, i11 Primo trattado di Orla11do, 1904, v. 4, p. 300) e seu mandamento constitucional de "preservação da ordem pública" (art. 144, 52), respeitando os princípios da lei, principalmente em relação à celeridade. (...)
>
> Há de se reconhecer, ainda, que os princípios aplicados aos juizados especiais, sobretudo a economia processual e a celeridade, militam em favor da desconcentração da lavratura do TCO. Seja pela proximidade à situação delituosa, seja para evitar a ausência do policial rodoviário ao posto de trabalho (no caso de se deslocar até uma delegacia), a atribuição de lavrar o termo prestigia a eficiência.
>
> (...)
>
> Em suma, considerando o recente lastro jurisprudencial emanado desta CORTE que logrou desjungir do conceito de "autoridade policial" as reservadas prerrogativas investigatórias de determinados órgãos de segurança pública, permitindo a corporações de polícia administrativa empreender a lavratura do termo circunstanciado de ocorrência, e, ainda, em atenção aos elementos indicativos de um potencial ganho de eficiência na persecução penal, reconheço que a significativa abertura das categorias aptas a elaborar tal peça é medida de grande relevância e alcance.

3.2 - CONTEXTO EM MINAS GERAIS E NA COMARCA DE NOVA LIMA

Como referido no tópico anterior, desde o ano de 2016, em Minas Gerais a Polícia Militar é legitimada para lavrar o termo circunstanciado de que trata a Lei nº 9.099/1995 por força de Lei Estadual que, nesse particular, passou pelo crivo da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI 5.637.

Na esteira da referida Lei e enquanto se aguardava o exame da sua constitucionalidade, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais editou diversos atos normativos discorrendo que os termos circunstanciados de ocorrências lavrados pelos policiais militares também poderão ser registrados, autuados e distribuídos perante o Juízo competente (nesse sentido: Avisos Conjuntos 02/PR/2017, 04/PR/2017 e 16/PR/2019).

No âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, os Atos Orientadores expedidos pela Corregedoria-Geral vêm trazendo importantes recomendações acerca da lavratura dos termos circunstanciados por órgãos estranhos à polícia judiciária, como é caso do último ato publicado até a finalização do presente trabalho,

cujo dispositivo que trata do assunto contêm a seguinte redação: Em observância aos princípios da oralidade, da simplicidade, da informalidade, da economia processual e da celeridade, o órgão de execução que atua nos Juizados Especiais Criminais deverá admitir, para as medidas ordinariamente adotadas com base em termos circunstanciados de ocorrência, documentos de ocorrências policiais lavrados por qualquer agente ou autoridade policial, mesmo aqueles oriundos de órgãos estranhos ás funções de polícia judiciária, desde que confeccionados no exercício regular de suas funções e com informações suficientes e idôneas para as providências ministeriais. (Ato CGMP nº 2, de 17 de abril de 2023, art. 80).

Em relação especificamente à Comarca de Nova Lima (MG), onde este autor exerce as atribuições do Ministério Público perante o Juizado Especial Criminal há mais de uma década, até o advento da pandemia da COVID 19 a Polícia Militar não lavrava termos circunstanciados de ocorrência, o que vinha sendo feito com exclusividade pela Polícia Civil.

Diante da crise sanitária gerada pela pandemia do coronavírus, a Direção do Foro da Comarca de Nova Lima baixou a Portaria nº 16, de 24 de março de 2020, autorizando expressamente a confecção dos termos circunstanciados de ocorrência pela Polícia Militar, especialmente nos casos em que o autor do fato fosse detido em estado de flagrância.

Embora essa autorização tenha sido elaborada com cláusula de vigência temporária, ou seja, os TCO's poderiam ser lavrados também pela PM "especialmente durante a ocorrência da grave pandemia que assola o país" (conforme textualmente expresso no item *1* da referida Portaria), o certo é que, mesmo depois de decretado oficialmente o fim do estado de emergência causado pela Covid-19 (Decreto nº 11.077, de 20 de maio de 2022), a lavratura dos termos circunstanciados pela Polícia Militar na Comarca de Nova Lima não só permaneceu como vem se intensificando.

Com efeito, o levantamento que realizamos no Sistema de Registro Único (SRU) do MPMG no dia 30 de abril de 2024, tendo por base os 50 (cinquenta) últimos termos circunstanciados de ocorrência encaminhados pela primeira vez ao Ministério Público, revelou que 26 (vinte e seis) deles foram lavrados pela PM, o equivale a 52% (cinquenta e dois por cento).

Assim, diante da realidade que ora se apresenta na comarca de Nova Lima, os elementos de que necessita o Ministério Público para embasar a formulação de proposta de transação penal, oferecimento de denúncia ou fundamentar pedido de arquivamento têm como fontes ou subsídios os termos circunstanciados lavrados em semelhante percentual tanto pela Polícia Militar como pela Polícia Civil.

No que diz respeito à *qualidade* dos termos circunstanciados, os trabalhos desenvolvidos por ambas as instituições têm sido muito insuficientes no que tange à demonstração do maior número possível de circunstâncias que envolvem as condutas tidas como delitivas, dificultando em muitos casos a análise dos elementos que compõem a tipicidade.

No caso da Polícia Civil, os TCO's, em regra, reúnem maiores elementos de convicção em comparação com os lavrados pela PM, sendo de se ressalvar, contudo, que esse melhor conteúdo fático-probatório não vem sendo observado nos expedientes lavrados no *Plantão Digital* implantado no Estado no ano de 2020, tendo também como pano de fundo a pandemia do Coronavírus. Além disso, havendo necessidade de diligências complementares, os TCO's quase nunca são devolvidos ao Juizado no prazo estipulado, chegando a ficar meses ou até mais de ano paralisados nas delegacias, o que muitas vezes acarreta na prescrição da pretensão punitiva estatal.

Quanto à Polícia Militar, a experiência tem demonstrado que a deficiência de elementos informativos necessários à formação da *opinio delicti* do Ministério Público nos termos circunstanciados lavrados pela corporação resulta de dois fatores primordiais: a) falta de conhecimento técnico jurídico do responsável pela confecção do documento (que pode ser lavrado sem a presença de um oficial da corporação); b) ausência de fidedignidade da narrativa apresentada, que, muitas vezes, refoge ao que ordinariamente acontece, especialmente quando os próprios policiais estão envolvidos na ocorrência e nada mais fazem do que procurar justificar suas condutas (o que será melhor tratado adiante).

3.3 - A LAVRATURA DO TCO POR ÓRGÃOS ESTRANHOS À POLÍCIA JUDICIÁRIA E A NECESSIDADE DE DILIGÊNCIAS COMPLEMENTARES

Reza o art. 77, § 2º, da Lei nº 9.099/1995 que, "Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do art. 66 desta Lei."

O entendimento predominante é o de que a *complexidade* a que se refere o dispositivo em questão diz respeito aos casos cuja elucidação reclame maiores investigações ou providências mais sofisticadas, como, por exemplo, na hipótese de crime de ameaça cometido por meio de redes sociais, em que a descoberta da autoria demanda a quebra de dados informáticos. Nesses casos, o "encaminhamento de peças" a que se refere a lei pode ser efetivado, em termos mais práticos, com a requisição pelo Ministério Público da *conversão* do TCO em inquérito policial, como temos adotado.

Entretanto, como também é de pacífico entendimento, se as diligências necessárias à formação da *opinio delict* do Ministério Público não se revestirem da aludida complexidade, podendo ser realizadas de forma célere e sob observância dos princípios que informam os Juizados Especiais, como, por exemplo, a oitiva de testemunhas e demais envolvidos na infração ou a realização de exames periciais rotineiros, o feito deve permanecer tramitando sob o rito sumaríssimo, não se justificando a sua remessa ao *juízo comum*, com deslocamento de competência, como preconizado no art. 77, § 2º da Lei nº 9.099/1995, em combinação com o art. 66, parágrafo único, da mesma lei.

Uma das implicações que advêm da lavratura dos termos circunstanciados de ocorrência pela Polícia Militar diz respeito, justamente, à atribuição para a realização das aludidas diligências complementares, de baixa complexidade, destinadas a fornecer ao Ministério Público os elementos informativos necessários para embasar as providências que lhe competem.

Cabe aqui consignar que essa questão não foi problematizada ou discutida pela Suprema Corte nas ações de controle de constitucionalidade que versavam sobre a possibilidade da lavratura dos termos circunstanciados de que trata o art. 69 da Lei nº 9.099/1995 por integrantes da Polícia Militar e da Polícia Rodoviária Federal (ADI's 5.637/MG e 6.245/DF), o que, ao nosso entender, decorre da premissa teórica de que, relativamente a tais agentes, como os TCO's em regra são lavrados no momento do cometimento da infração, já conteriam todos os elementos necessários para embasar as medidas que podem ser adotadas pelo Ministério Público na fase preliminar da *persecutio criminis*.

Acerca dessa questão, a Portaria judicial acima referida, que inaugurou a atuação da Polícia Militar na lavratura de termos circunstanciados de ocorrência na comarca de Nova Lima, trouxe um dispositivo estabelecendo textualmente o seguinte: "Na hipótese de retorno do termo circunstanciado de ocorrência para eventuais diligências complementares, deverão os autos serem remetidos à Polícia Militar para este fim."

Não obstante a previsão da Portaria judicial, logo no primeiro TCO lavrado pela Polícia Militar em que foi verificada a necessidade de uma determinada diligência imprescindível para a correta configuração do fato nele retratado, foi por nós defendido que a sua realização deveria ficar a cargo da Polícia Civil, como de resto toda e qualquer diligência que possa se traduzir em atividade investigatória, dada a exclusividade atribuída constitucional e infraconstitucionalmente aos órgãos de polícia judiciária para tal mister.

Feito o encaminhamento do TCO à delegacia com circunscrição na área do delito para a finalidade especificada, o expediente foi devolvido pela autoridade policial, sem o cumprimento da diligência requerida pelo Ministério Público, sob a justificativa de que a prefalada Portaria judicial incumbiu essa tarefa à própria Polícia Militar nos TCO's por ela confeccionados.

Estabelecida a controvérsia e mantida firme a nossa convicção de que a realização de atividades com características de investigação criminal pela Polícia Militar vai de encontro à Constituição Federal e à legislação infraconstitucional reguladora da matéria, a culta e laboriosa Magistrada titular dos Juizados Especiais da comarca de Nova Lima submeteu consulta à Corregedoria Geral de Justiça, resultando em parecer da assessoria jurídica daquela Casa encampando o nosso entendimento, no sentido de que eventuais diligências

necessárias à complementação dos termos circunstanciados originariamente elaborados pela PM devem ser realizadas pela Polícia Civil.

Em conclusão ao presente tópico, entende-se que, não dispondo os termos circunstanciados elaborados pelo Polícia Militar de elementos suficientes à formação da *justa causa* necessária não só para deflagração da ação penal, como também para a proposta de transação penal, as diligências visando a tal desiderato devem ficar a cargo da autoridade de polícia judiciária com circunscrição sobre o local dos fatos por força das disposições constitucionais e infraconstitucionais que incidem sobre a matéria.

Como forma de assegurar o dever de imparcialidade, conforme as circunstâncias e as peculiaridades do caso concreto, também devem ser remetidos à autoridade policial, para controle e eventuais diligências complementares, os termos circunstanciados lavrados pelos próprios policiais militares diretamente envolvidos na ocorrência (questão que será tratada a seguir).

4 - A INCONVENIÊNCIA DA LAVRATURA DO TCO PELA POLÍCIA MILITAR QUANDO OS PRÓPRIOS AGENTES DA CORPORAÇÃO FIGURAM COMO "VÍTIMAS" DAS CONDUTAS INCRIMINADAS AOS AUTUADOS

4.1 - VIOLAÇÕES, AINDA QUE POTENCIAIS, AOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ATUAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS

Outra questão aflorada com a atribuição conferida à Polícia Militar para a lavratura de termo circunstanciado, e ainda pouco discutida, prende-se com as situações em que, por razões ético-jurídicas, os integrantes da corporação deveriam se abster de fazê-lo, adotando a praxe anterior de apresentação imediata dos indigitados autores à autoridade policial.

Como é por demais sabido e dispensa maiores digressões, os Policiais Militares, como todo e qualquer agente público, devem primar, no exercício das suas funções, pela observância irrestrita aos princípios que regem a Administração Pública. Recentemente veio a lume a Lei nº 14.751, de 12 de dezembro de 2023, que passou a valer como *Lei Orgânica Nacional das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios*, estabelecendo, em nível nacional, normas gerais de organização e padronização do funcionamento das referidas corporações, além dos princípios, diretrizes, competências, direitos, deveres e vedações inerentes aos seus integrantes.

Apesar de o projeto que resultou na referida Lei ter sido merecedor de justas críticas por parte de entidades e organizações de defesa de direitos humanos[7], dentre os aspectos que se podem dizer positivos do novel diploma, podemos apontar, no que interessa ao presente trabalho, o dever de proteção dos direitos fundamentais imposto às Polícias Militares (art. 2º, § 1º) e o estabelecimento de princípios e diretrizes a serem observados por seus integrantes no âmbito de suas atribuições constitucionais e legais (arts. 3º e 4º), vindo a Lei a explicitar a submissão dos policiais militares aos princípios constitucionais de atuação da Administração Pública constantes do art. 37 da Constituição Federal.

Embora já dispuséssemos de rica legislação impondo aos policiais militares uma atuação pautada na ética, legalidade, moralidade e boa-fé (a começar, como visto, pela própria Constituição Federal), diversos dispositivos da Lei nº 14.751/2023, por seu caráter regrante, podem ser invocados de forma mais específica para fundamentar a inconveniência ou inoportunidade da lavratura do termo circunstanciado de ocorrência pela Polícia Militar quando os próprios agentes da corporação figuram como "vítimas" ou "sujeitos passivos secundários" das condutas incriminadas aos autuados. Dentre os mencionados dispositivos, destacamos os que fomentam a observância dos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência (art. 3º, V, VII e VIII) e o que prega o dever de *imparcialidade* nas ações típicas das instituições militares estaduais (art. 4º, V).

7 Como é o caso do *Grupo de Trabalho Interinstitucional de Defesa da Cidadania,* composto pelo MPF e mais dez instituições civis e do sistema de justiça, que afirmou em Nota Técnica que o Projeto de Lei nº 3.045/2022, que resultou na Lei nº 14.751/2023, desconsiderava o interesse público e acentuava um processo de construção das Polícias Militares voltado a interesses corporativos e que representava um retrocesso a uma política de segurança voltada a conciliar o combate ao crime com a preservação dos direitos e garantias constitucionais (disponível em:https://www.mpf.mp.br/regiao2/sala-de- imprensa/noticias-r2/mpf-e-outras-dez-instituicoes-lancam-nota-contra--projeto-de-lei-sobre-pms-e- bombeiros-1 - acessado em 06/05/2024).

De acordo com os entendimentos mais abalizados e atualizados em tema de hermenêutica jurídica, os *princípios* são dotados de igual e até superior positividade do que as regras ou normas jurídicas em sentido estrito, vale dizer, os princípios como os aqui mencionados possuem (ou deveriam possuir) aptidão de impor condutas obrigatórias ou, quando menos, impedir ou inibir a adoção de comportamentos com eles incompatíveis, sem olvidar da relevantíssima função interpretativa e construtiva das normas jurídicas.

Nessa ordem de ideias, advindo da própria Lei Orgânica Nacional das Polícias Militares (editada em respeito e fidelidade à Constituição) o comando de que as ações típicas da corporação devem ser pautadas pelos deveres de *imparcialidade* e *impessoalidade*, não há como conformar tais mandamentos com a possibilidade de elaboração do termo circunstanciado de ocorrência pelo próprio policial militar que se diz *vítima* da ação delitiva ali narrada.

Além das restrições de cunho legal e constitucional, cabe aqui traçar um paralelo entre a lavratura do TCO e o testemunho prestado pelo policial na fase processual, posto que se trata de situações em que os agentes policiais tendem a construir uma narrativa *contaminada* pela atuação que tiveram na prisão do indigitado infrator, motivando o interesse em justificar e conferir ares de legalidade à sua própria conduta.

Feito esse paralelo, há razões de sobra para que a palavra do *policial/testemunha* não seja admitida isoladamente como suporte para uma condenação, por mais razões ainda deve ser rejeitada a possibilidade de que o próprio *policial/vítima* venha a lavrar o respectivo termo circunstanciado, que, convém ressaltar, não corresponde a um simples boletim de ocorrência, tratando-se, na verdade, da peça que consubstancia a *informatio delicti* nos crimes de menor potencial ofensivo, dotando quem o lavra de arbítrio para imputar unilateralmente a alguém a prática de uma infração penal, de acordo com a sua convicção, configurando-se, a rigor, a primeira manifestação estatal sobre a existência de um fato criminoso e seu autor (à semelhança do *indiciamento* atribuído ao delegado de polícia). Além de possíveis violações a direitos fundamentais do imputado, não é preciso grande esforço para constatar o potencial influenciador da *imputação preliminar* na formação da *opinio delicti* do Ministério Público e na tomada de decisões pelos juízes, sobretudo quando as funções privativas dessas autoridades são *delegadas* (ainda que sob *supervisão*) a conciliadores ou serventuários leigos.

Em que pesem os inconvenientes até aqui demonstrados e outros que poderiam ser identificados, carece o nosso ordenamento jurídico de norma legal expressa restritiva que impeça a lavratura dos termos circunstanciados pelos policiais envolvidos diretamente na ocorrência, o que nos leva a concluir que a necessária vedação deve partir dos próprios comandos policiais-militares em cada Estado, em (auto)reconhecimento de que tal prática implica na quebra do dever de imparcialidade que decorre dos princípios estampados expressamente na Constituição na recém promulgada Lei Orgânica Nacional das Polícias Militares. *Mutatis mutandis*, é o que vem disciplinado no art. 107 do CPP em relação aos delegados de polícia: "Não se poderá opor suspeição às autoridades policiais nos atos do inquérito, mas deverão elas declarar-se suspeitas, quando ocorrer motivo legal."

Em Minas Gerais, na contramão do que preceituam os princípios acima já elencados, a Polícia Militar, por meio da Resolução nº 4.745/2018, que dispõe sobre a lavratura dos termos circunstanciados de ocorrência pelos integrantes da corporação, tratou a questão de forma tão abstrata e subjetiva que acabou por nada delimitar. Eis a redação do dispositivo:

> No caso do policial militar em serviço e durante atuação policial ser um dos envolvidos da ocorrência a ser registrada (Ex: desacato), é necessária uma análise e avaliação mais criteriosa quanto à necessidade de o TCO ser feito por outro policial militar sem envolvimento com os fatos (por outra guarnição).

4.2 - A LAVRATURA DO TCO COMO FORMA SUBJACENTE DE LEGITIMAR CONDUTAS POLICIAIS ABUSIVAS

A partir desse ponto passamos a focar o que mais nitidamente revela a inconveniência da lavratura de termos circunstanciado pelos próprios policiais envolvidos na ocorrência. Ou, por outras palavras, argumento além e acima das limitações de ordem moral e legal até aqui explanadas (embora indissociáveis a elas). Referimo-nos à utilização do termo circunstanciado como forma subjacente de encobrir ou legitimar abusos e violações de direitos humanos, realidade com a qual nos

deparamos no exercício das funções do Ministério Público perante o Juizado Especial, posta em evidência pelo aumento considerável de TCO's lavrados pela PM com imputação da prática de crimes de desobediência, resistência e desacato, supostamente cometidos contra policiais militares em contexto de policiamento ostensivo.

Vale destacar desde logo que, na quase totalidade dos casos, a abusividade das condutas policiais exsurge das próprias narrativas por eles mesmos lançadas nos TCO's, caracterizadas pela forma genérica e padronizada, consistindo, invariavelmente, na descrição de abordagem motivada por "atitude suspeita" (não esclarecida objetivamente) que teria sido enjeitada pelo infrator/autuado mediante reações que vão da desobediência às ordens emanadas dos policiais (de parada ou de se postar em posição de busca) à prática de agressões físicas contra os agentes da lei, passando por xingamentos e ameaças.

Ainda em referência a tais termos circunstanciados, também possuem como características comuns a ausência de descrição dos comportamentos considerados como "atitude suspeita" ou de como se deram as agressões físicas supostamente cometidas contra os policiais. Ademais, raramente trazem as versões dos indigitados autores ou estas são relatadas suscintamente, de modo a não gerar suspeitas contra os agentes da lei. Some-se, ainda, a indicação dos próprios policiais envolvidos como "testemunhas".

Convém ainda registrar que, se de um lado, a omissão ou distorção de informações nos TCO's ora tratados servem de indicativo claro da sua utilização em desvio de finalidade para encobrir e legitimar abusos e desvios, de outro lado configura frontal descumprimento da normatização da própria PM, no caso a já referida Resolução nº 4.745/2018, em cujo art. 14 está explicitado que, "no histórico do REDS- TC o policial militar deverá inserir, de maneira detalhada e precisa, as circunstâncias/peculiaridades em que o fato ocorreu (...), além das versões individualizadas e detalhadas e a relação entre a vítima, autor e testemunhas, sendo possível."

Como já dito, o simples exame dos prefalados TCO's que vem sendo lavrados à guisa de desobediência, resistência e desacato, sobretudo pela utilização do já conhecido e propalado *repertório* de situações oriundo do denominado *saber policial* (com destaque para a onipresente *atitude suspeita*), já traz a forte percepção de que tais crimes foram *falsamente* imputados, ou *provocados* por instigação dos próprios policiais, como roupagem para tentar encobrir ou revestir de legalidade a atuação arbitrária e abusiva dos agentes da lei.

De forma nada surpreendente, como em geral se observa, o contexto *sombrio* que já se denotava na narrativa policial acaba se revelando em toda a sua extensão quando da oitiva dos infratores/autuados (em regra, na audiência preliminar), emergindo a partir de então um conjunto fático-probatório suficientemente apto a desacreditar a versão policial, geralmente composto de verossímeis declarações dos (até então) indigitados autores, amparadas em depoimentos das *efetivas* testemunhas dos fatos (costumeiramente omitidas na lavratura do TCO), além de outras provas como o exame de corpo delito das lesões sofridas pelo conduzido em virtude das "técnicas policiais" empregadas para vencer a sua "resistência, e, não raras vezes, imagens captadas por celular por populares ou parentes do imputado.

Como fecho deste tópico e em corroboração a tudo que foi exposto, é de suma importância deixar registrado que a formação da *opinio delicti* do Ministério Público nos feitos ora sob comento (levando-se em consideração apenas a atuação funcional deste autor) vem resultando, invariavelmente, em dois desfechos, quais sejam: a) arquivamento puro e simples do termo circunstanciado, de modo geral pela ausência de um ou mais dos elementos subjetivos e objetivos necessários ao perfazimento dos crimes de desobediência, resistência e desacato; b) arquivamento pela ausência dos mesmos elementos, porém, como resultado de conduta penalmente típica de um ou mais policiais envolvidos, operando-se, assim, a inversão de atores, passando o indigitado autor do fato a ser visto como vítima de crime cometido pelos mesmos policias.

5 - DIRETRIZES QUE PODEM SER CONSIDERADAS PARA CONTENÇÃO OU DESESTÍMULO DE ABUSOS DECORRENTES DA LAVRATURA DE TERMOS CIRCUNSTANCIADOS PELA POLÍCIA MILITAR

5.1. 5.1 - LAVRATURA DO TCO PELA AUTORIDADE POLICIAL NOS CASOS EM QUE OS POLICIAIS MILITARES ESTIVEREM DIRETAMENTE ENVOLVIDOS NA OCORRÊNCIA A SER REGISTRADA

Como já relatado linhas atrás, nosso exercício funcional junto ao Juizado Especial Criminal da

comarca Nova Lima vem revelando que a lavratura de TCO's pela PM com imputação de crimes de desobediência, resistência e desacato (isolada ou conjuntamente) tem sido utilizada, em muitos casos, como roupagem para camuflar condutas abusivas de integrantes da corporação, cabendo enfatizar que tais crimes são os que proporcionam maior evidência a tal práxis, não significando que sejam os únicos.

Tão logo foi possível essa constatação, como medida derivada do poder-dever do Ministério Público, foi expedida *recomendação* ao comandante local da Polícia Militar, abordando a questão ora examinada em um de seus *considerandos*, com destaque, inclusive, para o fato de que os TCO's lavrados pelos policias sob comando do destinatário, nos moldes acima delineados, vinham sendo invariavelmente arquivados, "diante da constatação de ilegalidade, abuso de autoridade, excesso ou desvio de poder na conduta policial." Quanto à recomendação propriamente dita, o item correspondente foi assim redigido, *in verbis*:

> 1) que se abstenham [*os policiais lotados na unidade com tal atribuição*] de lavrar termos circunstanciados de ocorrência nos casos em que os sujeitos passivos da conduta incriminada sejam os próprios policiais militares, como frequentemente ocorre nas hipóteses de supostos crimes de resistência, desobediência e/ou desacato, devendo os autores das condutas tidas como delituosas, em tais casos, ser imediatamente conduzidos à delegacia de polícia com circunscrição no local do fato.

Em que pese a recomendação não ter surtido efeito significativo por razões que escapam ao tema central deste artigo, isso não arranha a acentuada utilidade desse instrumento de atuação extrajudicial do Ministério Público nem deve provocar qualquer desestímulo à sua utilização em toda situação que, como a que ora se apresenta, estejam em jogo direitos fundamentais.

Volvendo à recomendação acima transcrita, cabe lembrar primeiramente que a lavratura do TCO pela polícia judiciária nas infrações penais envolvendo diretamente os policiais militares ainda acontece em alguns casos, até porque, como visto, a norma interna da PM que regula a matéria deixa essa opção ao livre arbítrio do militar. Muito embora a prática demonstre um desinteresse geral dos delegados de polícia em investigar arbitrariedades relatas pelas pessoas que a eles chegam conduzidas por policiais militares (o que pode ser motivado por diversas razões que agora não estão em causa), o encaminhamento do autor do fato à delegacia de polícia para lavratura do TCO, recomendado como regra, visa, precipuamente, à preservação (ao menos em tese) da imparcialidade que sempre se espera no registo e documentação dos fatos. Além disso, a medida propicia a coleta das declarações do conduzido de forma livre e espontânea, oitiva de testemunhas que não sejam os próprios policiais envolvidos, expedição de guia para a realização de exame de corpo de delito e outros elementos informativos de suma importância para o esclarecimento dos fatos, os quais, quando a própria PM se incumbe da confecção do termo, geralmente só são obtidos mediante requisição de diligências pelo Ministério Público, conforme abordado no item 3.3, supra, implicando no envio do expediente à autoridade policial para, na prática, *refazer* o TCO, resultando em evidente malferimento do princípio da eficiência, cujo dever de observância pelos integrantes da Polícia Militar decorre tanto da Constituição como da Lei Orgânica Nacional a eles aplicável.

5.2 - EFETIVA PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA PRELIMINAR DE QUE TRATA O ART. 72 DA LEI Nº 9.099/1995

Conforme se extrai dos dispositivos da Lei nº 9.099/1995 que tratam da fase pré-processual do procedimento sumaríssimo afeto aos crimes de menor potencial ofensivo, a audiência preliminar prevista no art. 72 desdobra-se em distintas fases, a primeira destinada à tentativa de conciliação envolvendo as repercussões cíveis da infração penal, ou, nos termos da lei, *composição dos danos civis*, e as seguintes destinadas à transação penal ou oferecimento de denúncia oral.

Em relação à fase destinada à composição dos danos, pertinente aos crimes de iniciativa privada ou condicionada à representação, a atuação do Promotor de Justiça, a rigor, só é necessária quando o ofendido for incapaz, seguido a linha geral da intervenção do Ministério Público no processo civil.

Quanto aos atos seguintes e demais desdobramentos da audiência preliminar, a imprescindibilidade da atuação do Promotor de Justiça decorre logicamente do fato de pertencer privativamente ao Ministério Público a titularidade da proposta de transação penal (inclusive nas ações

de iniciativa privada) e do oferecimento de denúncia nas ações penas públicas ou condicionadas à representação do ofendido.

Afora isso, voltando ao nosso tema específico, a efetiva presença do Ministério Público na audiência preliminar é medida de inegável importância por oportunizar o conhecimento e apuração de possíveis abusos cometidos por policiais militares, sobretudo pela possibilidade da coleta das declarações do indigitado autor do fato. Sendo assim, no caso de termo circunstanciado lavrado pelo próprio policial militar que sofreu a conduta reputada criminosa, o Promotor de Justiça se fazer efetivamente presente na audiência preliminar, evitando a oferta de transação penal por escrito. Some-se a isso, o fato de que a delegação da proposta de transação penal a conciliadores ou serventuários leigos, ademais de ilegal, carrega o risco de influência em imputação de crime inexistente ou diverso do ocorrido, como já foi abordado.

5.3 - ENCAMINHAMENTO IMEDIATO DO AUTOR DO FATO AO JUIZADO ESPECIAL – ARTS. 69 DA LEI Nº 9.099/1995 E 48, § 2º, DA LEI Nº 11.343/2006

Conforme dispõe o art. 69 da Lei nº 9.099/1995, o autor de crime de menor potencial detido em flagrante deve ser encaminhado imediatamente ao Juizado Especial, logo após a lavratura do termo circunstanciado da ocorrência.

Sem embargo da sua pouca frequência na prática judiciária, a medida prevista nos dispositivos acima é de significativa importância e cumpre com os mesmos objetivos e fundamentos da *audiência de custódia* (destinada às prisões em flagrante de crimes mais graves), dentre os quais o de prevenir e reprimir práticas policiais arbitrárias que possam ter ocorrido no momento da prisão, assegurando-se, ainda, o direito fundamental da pessoa detida de ser apresentada, sem demora, à autoridade judicial, em conformidade com os pactos e tratados internacionais de direitos humanos assinados pelo Brasil.

Em relação às pessoas detidas na prática das condutas previstas no art. 28 da Lei nº 11.343/2006 (relacionadas ao consumo pessoal de drogas), vigora a mesma exigência de imediata apresentação em juízo, conforme o disposto no art. 48, § 2º, da referida lei, com a singular particularidade de que, em tais hipóteses, o termo circunstanciado deve ser lavrado pela *autoridade judicial*, ou, apenas na ausência desta, pela autoridade policial, conforme decidido pelo STF na ADI 3.807/DF, ao reconhecer a constitucionalidade do dispositivo da mesma lei que confere tal atribuição ao juiz.

Como convém observar, o Acórdão proferido na referida decisão, conquanto afirme que a lavratura do termo circunstanciado não configura atividade investigativa (como pressuposto da possibilidade da sua lavratura pelo órgão judiciário), em momento algum referiu-se à possibilidade de que a Polícia Militar pudesse se incumbir de tal mister.

Ainda que se argumente que o STF reconheceu expressamente em pronunciamentos posteriores a possibilidade da lavratura do termo circunstanciado pela Polícia Militar, sem qualquer ressalva quanto ao crime do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, em nada foi contrariada a decisão proferida na ADI 3.807/DF, no que se refere à prioridade da autoridade judicial para a lavratura do TCO em relação a tais crimes, o que decorre do próprio dispositivo da lei declarado constitucional, tendo como um dos fundamentos "afastar o usuário de drogas do meio policial", o que vale também para a PM.

Finalizando, a decisão proferida pela Suprema Corte na ADI 3.807/DF, com ênfase na necessidade de afastar o usuário de drogas do meio policial, permite concluir que a lavratura do termo circunstanciado pela Polícia Militar em relação às condutas do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, de forma incondicional e exclusiva, como vem ocorrendo ordinariamente, caracteriza situação de ilegalidade que deve ser corrigida mediante articulação dos órgãos envolvidos, com atuação de controle do Ministério Público no intuito não apenas de zelar pelo cumprimento da prévia apresentação em juízo dos autores do crime previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, como também pela adaptação da medida às hipóteses de termos circunstanciados lavrados pelo próprios policiais militares diretamente envolvidos na ocorrência.

6 - BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONDUTA CRIMINAL MILITAR, SUA INVESTIGAÇÃO E COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO

Restringindo-nos ao tema delimitado para o presente trabalho, dentre os crimes mais frequen-

temente perpetrados por policiais militares (ao menos formalmente) em contexto de policiamento ostensivo/repressivo que resultam na lavratura de boletim de ocorrência ou termo circunstanciado, podemos destacar: violência arbitrária (CP, art. 322), abuso de autoridade decorrente de violação de domicílio (Lei nº 13.869/2019, art. 22) e tortura (Lei nº 9.455/1997, art. 1º).

Antes da Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, as condutas típicas acima apontadas não eram enquadradas como *crimes militares*, ainda que praticadas por policiais militares em serviço, porquanto não encontravam idêntica tipificação no Código Penal Militar e na legislação penal comum (cabendo ressaltar que os crimes de abuso de autoridade eram previstos na Lei nº 4.898/1965, expressamente revogada pela Lei nº 13.869/2019). Consequentemente, o processo e julgamento de tais infrações era da competência da justiça comum criminal e a investigação, em regra, levada a efeito via inquérito policial, a cargo da Polícia Civil.

Com o advento da referida lei, os tipos penais constantes da legislação penal extravagante que não possuem idêntica previsão no CPM, desde que cometidos em uma das hipóteses do inciso II do art. 9º do mesmo código, passaram a ser também considerados *crimes militares* (por *equiparação* ou *extensão*, como a doutrina vem denominado), com atração da competência da Justiça Militar e, por conseguinte, a condução da investigação pela Polícia Judiciária Militar, francamente tolerante com as condutas abusivas dos policiais militares.

Em decorrência dessa alteração legislativa, crimes intimamente relacionados a violações de direitos humanos que antes eram da alçada necessária da justiça comum, agora podem vir a ser investigados pela Polícia Militar e julgados pela Justiça Castrense, como é o caso dos acima citados crimes de violência arbitrária, abuso de autoridade e tortura.

A ampliação da jurisdição militar trazida pela Lei nº 13.491/2017 vem sendo severamente criticada pelos operadores do Direito mais comprometidos com a efetividade dos direitos fundamentais, dentre outros motivos por atentar contra todo um movimento latino-americano de esvaziamento deste ramo da justiça, em aderência às diretrizes estabelecidas pela Corte IDH, segundo a qual, nos países que ainda conservam esse tipo de jurisdição, seu uso deve ser mínimo, obstando-se que nela sejam julgados fatos que não atentem exclusivamente contra a ordem militar ou não representem uma real afetação do interesse militar, isso a partir do notório reconhecimento de que os tribunais militares tendem a ser indulgentes com os policiais acusados de abusos dos direitos humanos, culminando na impunidade generalizada dos autores das violações.[8]

Além da inconvencionalidade acima destacada, a Lei 13.491/2017, ao submeter à jurisdição castrense condutas que não violam propriamente os valores militares, vem sendo considerada inconstitucional por grande parte da doutrina, dentre outros motivos, por atentar contra a *teoria do bem jurídico*, em que se sustenta todo o modelo normativo incriminador de um estado democrático de direito e, portanto, deve necessariamente servir de amparo à elaboração, interpretação e aplicação das leis penais.

Por oportuno, cabe aqui observar que a ausência da necessária independência e imparcialidade da polícia judiciária e da jurisdição militar para investigar, julgar e sancionar os autores de violações de direitos humanos, explicitamente reconhecida pela Corte IDH, bem como a preponderância do critério do bem jurídico protegido para fixação da competência da justiça comum, são aspectos que podem ser considerados não apenas em relação aos tipos penais tornados militares com o advento da Lei nº 13.491/2017, como também no que diz respeito aos crimes *impropriamente militares* capitulados no Código Penal Militar, como lesão corporal, constrangimento ilegal, ameaça, furto etc., o que permite sustentar (em sede de controle de constitucionalidade ou de convencionalidade) a ideia de que a competência da Justiça Militar restringe-se ao julgamento dos *crimes militares próprios*, estes sim violadores de interesses da caserna.

Em reforço a esse entendimento, pode-se citar a decisão proferida no Inquérito 4.923/DF, por meio da qual o Ministro Alexandre de Moraes reconheceu a atribuição investigativa da Polícia Federal e fixou a competência do STF para processar e julgar os atos criminosos e terroristas ocorridos na Esplanada dos Ministérios em Brasília, no dia 8/1/2023, independentemente dos investigados serem civis ou militares, integrantes das Forças Ar-

8 Cf. precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos baseados no item 8.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

madas ou das Polícias Militares, sustentando como fundamento central o fato de que os crimes investigados não dizem respeito à bem jurídico tipicamente associado à função castrense (sem qualquer ressalvas quantos ao crimes tipificados tanto no CPM quanto no CP, como ameaça e dano).

Volvendo à Lei nº 13.491/2017, não bastasse o já exposto, ela vem sendo inquinada de outro vício de inconstitucionalidade, consistente na criação foro privilegiado para os militares, em ferimento ao princípio da igualdade perante a lei, como bem observa Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro[9]:

> Dentre as hipóteses constitucionais de prerrogativa de foro em matéria criminal, o constituinte não conferiu ao Policial Militar tal prerrogativa. Todavia, ao arrepio da Constituição Republicana, a Lei nº 13.491/17 estabeleceu foro privilegiado para todos os militares, ferindo de morte o princípio da igualdade perante a lei, ao mesmo tempo em que relativizou as normas internacionais de direitos humanos.
>
> *A fortiori*, a prerrogativa de foro criada pela Lei nº 13.491/2017 passa a garantir aos militares um julgamento especial e particular quando figuram como parte em processos criminais. Essa situação atenta contra a igualdade estabelecida entre os servidores que atuam perante órgãos de segurança pública.

Diante de tamanhas afrontas às normas de direito internacional e interno, o alargamento da competência da Justiça Militar promovido pela Lei nº 13.491/2017 foi objeto de questionamento perante o STF em diversas ações diretas de inconstitucionalidade, ainda pendentes de decisão definitiva quando da conclusão do presente estudo.

Convém aqui ressaltar que, no âmbito do Ministério Público de Minas Gerais, os impactos negativos para a defesa dos direitos humanos advindos da ampliação da competência da Justiça Militar, foram, na medida do possível, mitigados pela expedição de atos internos, com destaque para a Resolução nº 17/2018 da Câmara de Procuradores de Justiça, que, dentre outras medidas, conferiu aos órgãos de execução incumbidos da defesa dos direitos humanos e/ou da fiscalização da atividade policial a atribuição para as *atividades pré-processuais* elencadas na referida norma, concernentes aos crimes praticadas por policiais militares que importam em violações a tais direitos, compreendendo desde a instauração de procedimentos investigatórios criminais, acompanhamento de inquéritos policiais e outros procedimentos administrativos pertinentes, até a formação da *opinio delicti*, com o oferecimento de denúncia ou promoção de arquivamento, ou ainda, se cabível, proposta de transação penal ou suspensão condicional do processo. Deste modo, enquanto se aguarda o pronunciamento da Suprema Corte sobre a questão, a atuação dos órgãos de execução oficiantes perante a Justiça Militar, em relação aos crimes militares extravagantes ora focados, somente se dá a partir da fase processual da persecução penal.

Como se percebe, ao cuidar do efetivo exercício do controle externo difuso e concentrado da atividade policial, de forma integrada e compartilhada entres os membros com atribuição especializada, criminal (comum e militar) e de defesa dos direitos humanos, conferindo a todos eles o poder de investigação própria dos crimes praticados por policiais militares nas comarcas do interior e da capital, sem prejuízo da requisição de inquérito policial militar ou adoção das medidas necessárias para garantir a eficácia das investigações policiais, a referida Resolução da Câmara de Procuradores de Justiça do MPMG está em plena sintonia e conformidade com os atos normativos pertinentes expedidos pelo Conselho Nacional do Ministério Público, que inclusive lhe são posteriores, a exemplo da Recomendação nº 96/2023, que preconiza a observância dos tratados, convenções e protocolos internacionais de direitos humanos, das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e da Resolução nº 279/2023, que dispõe sobre as atribuições do Ministério Público no exercício do controle externo da atividade policial.

Convém ainda deixar assente que, sob o enfoque da construção jurisprudencial do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), havendo indícios da prática de crimes cometidos por policiais militares contra civis, a investigação deve ser conduzida *prioritariamente* pelo Ministério Público (inclusive pelos órgãos de execução apontados na mencionada Resolução da Câmara de Procuradores de Justiça), isso por conta da alta probabilidade de contaminação da "investigação" em virtude da notória parcialidade de seus

9 RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. Política pública de segurança dilacerada: o exemplo da Lei 13491/2017 e suas consequências penais e processuais penais. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 8, nº 1, 2018, p. 340-356.

encarregados, colegas de farda dos investigados ou que com eles mantêm relação hierárquica, tendo tais apurações seu foco não nos fatos efetivamente ocorridos, mas no perfil e no papel dos ofendidos, invariavelmente concebidos como criminosos, malfeitores etc.

Em corroboração a esse entendimento, cabe trazer à baila a decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 593.727, onde reconhecido o poder investigatório do Ministério Público[10]:

> Reconheço, pois, que se reveste de legitimidade constitucional o poder de o Ministério Público, por direito próprio, promover investigações penais, sempre sob a égide do princípio da subsidiariedade, destinadas a permitir, aos membros do 'Parquet', em situações específicas (**quando se registrem, por exemplo, excessos cometidos pelos próprios agentes e organismos policiais, como tortura, abuso de poder, violência arbitrária ou corrupção, ou, então, nos casos em que se verifique uma intencional omissão da Polícia na apuração de determinados delitos ou se configure o deliberado intuito da própria corporação policial de frustrar, em razão da qualidade da vítima ou da condição do suspeito, a adequada apuração de determinadas infrações penais**), a possibilidade de coligir dados informativos para o ulterior desempenho, por Promotores e Procuradores, de sua atividade persecutória em juízo penal. (destaques nossos)

Por derradeiro, não se pode deixar de anotar que, caso o dever de controle externo seja exercitado mediante requisição de atuação da polícia judiciária militar, como facultado pelo art. 5º, III, da Resolução-CNMP nº 279/2023, o único instrumento investigatório cabível é o inquérito policial militar, conforme expressamente consignado nos arts. 9º e 10 do Código de Processo Penal Militar, sendo indevida, ilegal e usurpadora da função constitucional/institucional do Ministério Público de exercer a *opinio delicti* a substituição do IPM por outras investigações paralelas à ordem jurídica, a exemplo do famigerado "Relatório de Investigação Preliminar" (RIP), amplamente utilizado pela PMMG, cuja finalidade consiste única e exclusivamente na obtenção de *elementos preliminares* indicativos de crime militar, fornecidas por meio de denúncias anônimas ou desprovidas de provas mínimas.

7 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lavratura do termo circunstanciado de ocorrência (TCO) pela Polícia Militar é uma realidade em diversas comarcas de Minas Gerais, harmonizada com o entendimento consolidado pelo STF de que o termo *autoridade policial* empregado no art. 69 da Lei nº 9.099/1995 refere-se a todos os órgãos encarregados pela Constituição Federal de defesa da segurança pública.

Considerando que o entendimento consolidado sustenta como premissa que a lavratura de termo circunstanciado não compreende atividade investigativa, as diligências necessárias à formação da *justa causa* necessária tanto para deflagração da ação penal e proposta de transação penal, devem ficar a cargo da Polícia Civil dada a exclusividade atribuída constitucional e infraconstitucionalmente aos órgãos de polícia judiciária para a prática de qualquer ato que configure investigação.

Os Policiais Militares, como todo e qualquer agente público, devem primar, no exercício das suas funções, pela observância irrestrita aos princípios que regem a Administração Pública, também incorporados pela recém promulgada Lei nº 14.751/2023, denominada Lei Orgânica Nacional das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

A lavratura do termo circunstanciado de ocorrência pelo próprio policial que alega ter sofrido a conduta reputada criminosa não se conforma com os deveres de imparcialidade e impessoalidade e, demais disso, vem se revelando como oportunidade para a prática de condutas abusivas.

Dentre as diretrizes aptas à contenção ou desestímulo de abusos decorrentes da lavratura de termos circunstanciados pela polícia militar, deve ser considerada com maior relevo a efetiva apresentação imediata do indigitado autor/infrator em juízo, estendendo-se a exigência já prevista em lei às hipóteses de termos circunstanciados lavrados pelos próprios policiais militares diretamente envolvidos na ocorrência.

Em consonância com as diretrizes estabelecidas pela Corte IDH e com os critérios constitucionais de determinação dos bens jurídicos penalmente relevantes, a investigação dos crimes

10 STF, RE 593.727, Plenário, Rel. Ministro Cezar Peluso, j. 14/05/2015.

cometidos por policiais militares que resultam em violações a direitos humanos e fundamentais deve ser conduzida prioritariamente pelo Ministério Público em virtude da reconhecida imparcialidade da polícia judiciária e da jurisdição militar.

Por certo que o posicionamento exposto no presente artigo, em que pese encontrar sustentação nas normas de direito internacional e de direito interno, sobretudo na Constituição Federal, não está isento de falhas ou observações incorretas, devendo servir de reflexão e ponto de partida para novos e necessários debates que o tema suscita.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Manual de Processo Penal**, 3. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Investigação criminal: o controle externo de direção mediata pelo Ministério Público**. Curitiba, Juruá, 2016.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DOS PROCURADORES-GERAIS DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS DOS ESTADOS E DA UNIÃO. Grupo Nacional de Efetivação do Controle Externo da Atividade Policial. **Manual nacional do controle externo da atividade policial: o Ministério Público olhando pela Sociedade**. 2. ed. rev. e ampl. Brasília: CNPG, 2012.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. (orgs.) **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 4ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

CARUNCHO, Alexey Choi; GLITZ André Tiago Pasternak. **Por uma política ministerial de controle externo da atividade policial: a experiência paranaense** *In:* Brasil. Conselho Nacional do Ministério Público. **O Ministério Público e o controle externo da atividade policial**. Brasília: CNMP, 2019, p. 193-215.

DEMERCIAN, Pedro H.; MALULY, Jorge A. **Teoria e Prática dos Juizados Especiais Criminais**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2008. E-book. ISBN 978-85-309- 5597-7. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309- 5597-7/. Acesso em: 16 mar. 2024.

GORRILHAS, Luciano Moreira; BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. **A investigação nos crimes militares: aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 4ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 10.259/2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MINAS GERAIS. POLÍCIA MILITAR E CORPO DE BOMBEIROS MILITAR. Comando-Geral. **Manual de Processos e Procedimentos Administrativos das Instituições Militares de Minas Gerais** (MAPPA PM/BM). Belo Horizonte: PMMG/CBMMG – Comando-Geral, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PASSADORE, Bruno de Almeida; GÓES, Ricardo Alves de. **A inconsistente ampliação da jurisdição militar: uma análise a partir do posicionamento de órgãos internacionais de proteção de direitos humanos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 157/2019, p. 85-129, 2019.

PAZZAGLINI FILHO, Marino [et al.]. **Juizado Especial Criminal: aspectos práticos da Lei nº 9.099/95**. São Paulo: Atlas, 1996.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Incompreensão sobre o bem jurídico tutelado nos crimes militares**. *Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual*, [s. l.], v. 1, n. 2, p. 63–66, 2018. Disponível em: https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/40. Acesso em: 26 set. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Os Juizados Especiais Criminais à luz da jurisdição constitucional: a filtragem hermenêutica a partir da aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto**. Revista da EMERJ: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 6, nº 24, 2003, p. 106-142.

A TUTELA PENAL DOS ANIMAIS: A APLICAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO ANTE A PRÁTICA VIOLENTA DE CRUELDADE CONTRA CÃES E GATOS

SILVIA ALTAF DA ROCHA LIMA CEDROLA

MARCOS PAULO DE SOUZA MIRANDA

A TUTELA PENAL DOS ANIMAIS: A APLICAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO ANTE A PRÁTICA VIOLENTA DE CRUELDADE CONTRA CÃES E GATOS

SILVIA ALTAF DA ROCHA LIMA CEDROLA[1]

MARCOS PAULO DE SOUZA MIRANDA [2]

RESUMO: Este estudo visa examinar a aplicação do Acordo de Não Persecução Penal em casos de violência contra animais, especificamente nos termos do artigo 32, § 1°, A, da Lei 9605/98. Utilizando uma abordagem qualitativa e indutiva, a pesquisa combina métodos documentais, bibliográficos e análises jurisprudenciais dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e São Paulo. Conclui-se que a violência contra animais, considerando sua condição de seres sencientes, obsta a concessão desse benefício.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de não persecução penal; violência contra animais; seres sencientes.

ABSTRACT: This study aims to examine the application of the Non-Prosecution Agreement in cases of violence against animals, specifically under the terms of Article 32, § 1°, A, of Law 9605/98. Using a qualitative and inductive approach, the research combines documentary, bibliographic methods, and jurisprudential analysis from the Courts of Justice of Minas Gerais and São Paulo. It is concluded that violence against animals, considering their status as sentient beings, prevents the granting of this benefit, despite debates surrounding the nature of these animals.

KEYWORDS: Non-Prosecution Agreement; violence against animals; sentient beings.

1 Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora, Minas Gerais. Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Da Escola Superior Dom Helder Câmara.

2 Bacharel em Direito pela Faculdade Vianna Júnior em Juiz de Fora, Minas Gerais. Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Gama Filho. Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais. Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, de Execução Penal, do Tribunal do Juri e da Auditoria Militar do Estado de Minas Gerais.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO 382

2 - ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL 384

3 - EVOLUÇÃO E PROTEÇÃO AOS ANIMAIS 386

4 - ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO NÃO OFERECIMENTO DO ANPP 389

5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS 390

REFERÊNCIAS 391

1 - INTRODUÇÃO

A evolução da relação entre humanos e animais de estimação reflete não apenas uma mudança cultural, mas também um aspecto da evolução biológica. Assim como as espécies evoluem para se adaptarem ao ambiente, a maneira como os humanos percebem e interagem com os animais também evolui ao longo do tempo.

A transição dos animais de estimação de meras propriedades para membros valorizados da família demonstra uma mudança nas pressões sociais e ambientais que moldam as relações humanas com outras espécies. Essa mudança de mentalidade tem impulsionado iniciativas legislativas para garantir o bem-estar e a proteção dos animais, refletindo a necessidade de adaptação das leis e políticas às novas normas sociais.

A conscientização sobre a responsabilidade associada à posse de animais também está em sintonia com a compreensão crescente da interdependência entre humanos e outras formas de vida no planeta. Em suma, a evolução das relações humano-animal é um fenômeno complexo que reflete tanto mudanças culturais quanto biológicas em curso.

A evolução das relações entre humanos e animais de estimação requer uma compreensão mais ampla e profunda das necessidades desses animais dentro do contexto humano. Não se trata apenas de fornecer abrigo, alimentação e cuidados médicos, mas também de reconhecer e atender às suas necessidades emocionais e sociais.

Os animais de estimação, assim como os seres humanos, são seres sociais que podem experimentar uma ampla gama de emoções, como alegria, tristeza, medo e ansiedade. Portanto, é essencial considerar sua saúde emocional e bem-estar psicológico. Isso inclui proporcionar-lhes estímulos mentais adequados, oportunidades de interação social e um ambiente enriquecedor que permita expressar comportamentos naturais.

Além disso, a relação entre humanos e animais de estimação é uma via de mão dupla, onde ambos os lados podem se beneficiar mutuamente. Estudos têm demonstrado os efeitos positivos da interação humano-animal na saúde física e mental das pessoas, incluindo a redução do estresse, a melhoria do humor e até mesmo a promoção de comportamentos mais saudáveis.

Portanto, uma abordagem abrangente para garantir o cuidado e proteção adequados dos animais de estimação envolve não apenas atender às suas necessidades básicas, mas também cultivar relacionamentos significativos baseados no respeito mútuo, na empatia e no compromisso com seu bem-estar integral. Isso implica não apenas políticas e leis eficazes de proteção animal, mas também uma mudança cultural que valorize verdadeiramente o papel dos animais de estimação como membros importantes das famílias e da sociedade como um todo.

O animal, dotado de vida e senciência, tem sua proteção jurídica garantida como sujeito de direito. A questão é garantir a premente necessidade de que a aplicação de alguns direitos próprios dos seres humanos seja estendida aos seres não humanos.

Nesse sentido, o presente artigo pretende abordar aspectos da lei 13.964/19, que introduziu o Acordo de Não Persecução Penal como medida despenalizadora, bem como sua não aplicação nos delitos cometidos com violência ou grave ameaça. O assunto abrange a não aplicação dessa medida não só quando se tratar de vítima humana, mas também quando houver a prática do delito previsto no artigo 32, § 1º-A, da Lei 9605/98, que possuí como sujeito passivo o animal doméstico, cão e gato.

Tratando-se de lei federal, que abrange todo o território nacional, sua aplicação atingirá os infratores que praticarem condutas em desacordo com a nova determinação legal. Desde modo, milhões de animais domésticos passaram a estarem amparados pela legislação.

Atualmente há um movimento com base em fundamento ético que busca a inclusão e proteção dos animais levando em consideração a igualdade entre os seres vivos, não havendo superioridade entre os seres humanos e os animais, enfatizando que o planeta Terra é um mecanismo vivo, e que animais humanos e não humanos somos são apenas espécies que nela habitam.

A alteração legislativa supracitada está intrinsecamente ligada à prática do direito penal, uma vez que a modificação da proteção do bem jurídico com o incremento do preceito secundário traz consequências para a resposta sancionatória. Em vista disso, o objetivo do presente trabalho é analisar os reflexos dessa nova forma de responsabi-

lização em relação às medidas despenalizadoras previstas no ordenamento jurídico.

Este artigo propõe-se, portanto, avaliar: a introdução do § 1º-A do artigo 32 da Lei 14.064/2020 representa uma norma mais severa, qualificando o crime de maus-tratos contra cães e gatos e inviabilizando o acordo de não persecução penal?

É fundamental ressaltar a presença significativa de cães e gatos nos lares brasileiros e seu papel relevante na sociedade. Dados recentes, a serem posteriormente explorados, apontam uma expressiva quantidade desses animais nos domicílios do país, evidenciando sua importância como membros familiares e companheiros. Segundo pesquisas recentes realizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), aproximadamente 48 milhões de domicílios brasileiros possuem cães ou gatos, refletindo uma convivência cotidiana com esses animais por parte de uma considerável parcela da população.

O número de animais domésticos nos lares brasileiros cresce a cada ano, demonstrando a crescente afetividade e o compromisso das pessoas com seus animais. Os cães são particularmente prevalentes, estando presentes em aproximadamente 44% dos lares, enquanto os gatos estão em cerca de 21% dos domicílios, conforme os dados levantados pelo instituto supracitado.

O notável aumento do número de gatos domésticos justifica-se especialmente pela prevalência de áreas urbanas onde os espaços menores são mais comuns e o cuidado diário tende a ser mais simples quando comparado a outros animais.

Além da presença física nos lares, os animais de estimação desempenham um papel crucial na saúde emocional de seus tutores. Não obstante, com a sociedade contemporânea já se caminha para uma realidade onde os animais possam finalmente ser vistos como fins em si mesmos.

Reforçando a importância da relação entre humanos e animais, estudos como o de Glatter (2021), e o publicado pela *Nature Scientific Reportz* (2022), divulgado pelo O Globo no mesmo ano, indicam que a interação com cães e gatos pode reduzir o estresse, ansiedade e depressão, além de promover atividade física e socialização. Tal fato é especialmente relevante em um cenário onde o isolamento social tornou-se uma dura realidade durante a pandemia ocasionada pela Covid-19 e que ainda apresenta consequências importantes que reverberam até os dias atuais.

A Lei 14.064/20, conhecida como Lei Sansão em homenagem ao cão pitbull de nome Sansão, que teve suas patas traseiras decepadas por agressores, foi sancionada para alterar a Lei nº 9605/98. Essa legislação não apenas reflete uma mudança na percepção social sobre a importância do bem-estar animal, mas também coincide com o aumento do número de animais domésticos nos lares brasileiros.

Esse desenvolvimento legislativo é um testemunho do crescente reconhecimento da sociedade sobre a senciência e os direitos dos animais, representando um avanço ético e moral no tratamento dos animais de estimação no Brasil. Antes da entrada em vigor dessa modificação, os cães e gatos vítimas de qualquer tipo de abuso, maus-tratos, ferimentos ou mutilações estavam amparados apenas pelo artigo 32 da lei 9.605/98. A pena para quem os maltratasse era de três meses a um ano de detenção, além da multa, sendo considerado delito de menor potencial ofensivo.

Contudo, com a nova alteração, com o acréscimo do artigo 32, §1º-A, a punição foi endurecida e agora a pena é de 2 a 5 anos de reclusão, além de multa e proibição de guarda.

Diante dessa alteração legislativa, o óbice ao oferecimento do ANPP quando o delito for praticado com violência ou grave ameaça se estende aos animais.

A publicação do artigo 32, § 1º-A, introduzido pela lei 14.064/2020, pelo legislador, inseriu norma mais gravosa, qualificando o delito de maus tratos praticado contra os cães e gatos. Com isso, o animal passa a figurar como vítima e a sua integridade psicofísica protegida.

Ao longo deste artigo, as leis e informações mencionadas serão minuciosamente exploradas por meio da revisão de autores relevantes, análise de notícias pertinentes e estudo de jurisprudências exemplares. Essa abordagem será complementada pela metodologia da pesquisa, que emprega métodos qualitativos, como análise documental e bibliográfica, além de estudo de jurisprudência dos Tribunais de Justiça dos estados de São Paulo e Minas Gerais. O objetivo é destacar a necessidade premente de que o or-

denamento jurídico brasileiro passe a tratar com a devida seriedade os crimes contra os animais, fornecendo subsídios sólidos para embasar propostas de aprimoramento legislativo e de conscientização social sobre essa importante questão.

2 - ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Anteriormente à inclusão do artigo 28-A no Código de Processo Penal pela lei 13.974/19, o Acordo de Não Persecução Penal – ANPP, foi criado através da decisão 181/2017[3] do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). A sua criação teve como fundamento a justiça negocial apresentada em outros países, tais como a Alemanha, bem como o *plea bargain* americano. Seu objetivo é a efetividade, a desburocratização e a despenalização de forma célere como resposta estatal aos delitos de pequeno e de médio potencial ofensivo.

Trata-se de um arquivamento condicionado, cumpridas as cláusulas do acordo prévio, de forma que se arquiva com a extinção da punibilidade (BARROS; ROMANIUC, 2019). Não se trata de uma imposição e muito menos um direito subjetivo do acusado, mas de um poder-dever do Ministério Público.

De forma clara, Cabral (2020) assevera que:

> ...o acordo é muito bom para a realização dos objetivos político-criminais preventivos e de pretensão de justiça que devem informar a persecução penal. A resposta célere e não privativa de liberdade, as vezes poucos dias depois dos fatos, pode significar o freio de arrumação necessário para colocar nos trilhos a vida de quem envolveu-se na prática de crimes pela primeira vez. Um acordo tempestivo e adequado reforça a ideia de credibilidade e efetividade do sistema, o que torna mais fácil o fortalecimento dos vínculos de confiança entre os cidadãos e o Estado, incentivando a busca de justiça, dentro da legalidade e do sistema penal. Não há incentivo maior para que as pessoas possam confiar no Estado e em suas normas do que uma atuação efetiva e proporcional. [...] Como se pode ver, um modelo de acordo oferece uma série de vantagens sociais ao país, agilizando as respostas e dando credibilidade ao Sistema de Justiça Criminal. (CABRAL, 2022, p. 52-53).

O ANPP é um mecanismo legal previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019). Tem como finalidade permitir a resolução de infrações penais de menor gravidade, de forma eficiente e sem a necessidade de um processo judicial completo. O ANPP tem como objetivo principal desafogar o sistema judiciário, promovendo a celeridade processual, ao mesmo tempo que impõe ao acusado obrigações que contribuem para o atendimento da justiça reparatória, como a reparação do dano ou prestação de serviço à comunidade.

Este instituto permite que o Ministério Público proponha a não persecução penal para infrações penais sem grave ameaça ou violência à pessoa, onde a pena mínima seja inferior a 4 anos. Este acordo inclui condições a serem cumpridas pelo acusado, como reparação do dano, prestação de serviço à comunidade entre outros, evitando assim o processo judicial e a possível condenação.

A redação dada pelo CNMP quando da criação e publicação da Resolução nº 181 o texto previa que o acordo não poderia ser oferecido se o crime fosse cometido com violência contra a pessoa, mas a lei 13.964/19 afastou sua restrição.

No âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, há diretrizes fixadas através dos Enunciados publicados pela Procuradoria Geral de Justiça, bem como no Ato da Corregedoria Geral do Ministério Público de Minas Gerais. Diante do respeito ao princípio da independência funcional, não há uma uniformização de entendimento quanto a aplicação ou não do instituto. Há pendente no CNMP análise de um pedido quanto a uniformização deste entendimento.

Atualmente, a aplicação do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) em casos de maus-tratos a animais, especialmente sob o artigo 32, § 1º-A da Lei nº 9.605/98 -Lei de Crimes Ambientais, é uma questão debatida no cenário jurídico brasileiro. Há uma tendência entre alguns juristas e membros do Ministério Público de considerar inapropriado o oferecimento de ANPP para crimes que envolvem violência física contra animais, pois tais atos são vistos como contrários aos princípios de justiça e proteção animal eficaz.

3 Resolução nº 181/2017, art. 18, caput: "Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: [...]".

Por outro lado, a legislação não especifica explicitamente a exclusão do ANPP para esses casos, levando a interpretações variadas entre os membros do Ministério Público e a necessidade de uma diretriz mais clara do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) para uniformizar a aplicação do acordo. Salienta-se que há uma proposta de lei - PL 5.309/23-, em tramitação no Congresso que tem por finalidade alterar e modificar o artigo do Código de Processo Penal para excluir a possibilidade de aplicação de ANPP em caso de maus tratos contra cães e gatos.

Segundo Mosca (2020, p. 05), aplicação do ANPP no contexto dos crimes de maus-tratos a animais, especificamente os capitulados no artigo 32 da Lei 9.605/98, deve ser avaliada com cautela. Ela argumenta que, embora o ANPP seja uma ferramenta valiosa para desafogar o sistema judiciário, é crucial garantir que sua aplicação não minimize a gravidade dos atos de crueldade contra animais.

Afirma, ainda, que a violência empregada nesses crimes, que afeta diretamente seres sencientes como cães e gatos, deveria excluir a possibilidade de se firmar o ANPP. A Promotora Monique/Mosca enfatiza que a legislação atual deve refletir a dignidade e o valor próprios dos animais, reconhecendo-os não como objetos, mas como seres capazes de sentir dor e sofrimento. Dessa forma, ela vê a aplicação do ANPP nesses casos como inadequada, argumentando que a natureza desses crimes exige uma resposta judicial mais rigorosa para efetivamente prevenir e reprovar tais atos de violência.

> Diante da ausência de disposição expressa limitativa à violência contra a pessoa humana, deve-se compreender o conceito da prática de crime com violência, enquanto proibição de aplicação do ANPP, como aquela que envolve violência contra sujeitos de direitos, ou seja, contra seres portadores de dignidade, mormente aqueles que apresentam condição de vulnerabilidade, abrangendo, portanto, as infrações penais com violência à pessoa humana e aos seres sencientes. (MOSCA, 2020, p.14)

Em contraponto, Kurkowski (2020) argumenta que o legislador não proibiu explicitamente a aplicação do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), ao contrário do que fez com os benefícios da lei 9099/95 nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Ele destaca que, quando há dúvidas sobre a aplicação de algum benefício, a legislação costuma incluir disposições expressas para afastá-las. Além disso, Kurkowski argumenta que seria ilógico não oferecer o ANPP, uma vez que, em caso de condenação, não há proibição de conversão da pena em medida restritiva. Portanto, ele conclui que o instituto poderá ser aplicado nos casos de violência contra cães e gatos. Essa perspectiva ressalta a importância de considerar a legislação e sua interpretação na aplicação do ANPP, especialmente em casos de violência contra animais, tema central do presente artigo.

Da mesma forma, Cabral (2020) argumenta que o artigo 28-A faz uma projeção sobre a possibilidade de substituição de futura condenação por uma pena. O legislador permitiu o acordo para os autores que se beneficiariam, no final, com a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Vedado apenas o seu oferecimento quando a violência é exercida contra a pessoa. Deste modo, o autor leciona em sua obra:

> A palavra violência, aqui empregada pelo legislador, em uma interpretação sistemática do próprio Código de Processo Penal, restringe-se desde a nossa ótica**, à violência contra a pessoa,** não estando incluída na vedação os crimes cometidos com violência contra as coisas (CABRAL, 2020, p 97)

Em relação à abordagem desse problema, vale salientar que o legislador fez referência expressa à violência à pessoa nos artigos 44, inciso I, e no artigo 163, parágrafo único, inciso I, ambos do Código Penal. O que não ocorreu no artigo 28-A do Código de Processo Penal, silente quanto à destinação da violência.

Nesse sentido Bertuzzo (2023) aponta que no artigo 28-A do Código de Processo Penal, não há menção específica à violência ou grave ameaça, indicando uma lacuna na legislação em relação ao destinatário da conduta. Segundo o autor, essa abordagem que limita a vítima da conduta violenta que exclui a possibilidade de Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) apenas a pessoas é demasiadamente simplista, sendo necessário interpretar a norma de forma sistêmica, considerando outros dispositivos legais e o bem jurídico protegido.

A interpretação do termo "violência" é central nessas discussões, com alguns argumentando que qualquer violência contra seres vivos deveria prevenir o acordo de não persecução. Neste tra-

balho a análise da questão gira em torno se há ou não impedimento legal de sua oferta nos casos de violência ou ameaça grave, mesmo quando a vítima é um animal.

A Corregedoria Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais ao tratar da possibilidade de oferta de medida despenalizadora no caso de violência empreendida contra animais, assim orientou no Ato CGMP nº 02/2023:

> Art. 56 O acordo de não persecução penal será reduzido a termo, firmado na presença do órgão de execução, do investigado e de seu defensor, e deverá conter: (…)
>
> §5° No caso de maus-tratos qualificado a cães e gatos, de que cuida o art. 32, §1°-A, da Lei n.° 9.605/1998, o órgão de execução verificará se é caso de condicionar o acordo à entrega dos animais a entidades apropriadas para seu cuidado e destinação, bem como ao pagamento das despesas relativas à reparação do dano e indenização de natureza compensatória à entidade cuidadora, ressalvados os casos em que gravidade dos maus-tratos perpetrados revele a insuficiência do acordo para a reprovação e a prevenção de fatos dessa natureza.

Já a Cartilha de Defesa Animal desenvolvida pelo MPSP, redigida pela promotora de justiça Eloisa Baissardo Gagliardi (2020) estabelece que:

> Embora a questão seja muito recente, e, certamente ensejará diversas interpretações, entendemos que, o benefício não será aplicado por se tratar de crime praticado com violência (e, neste aspecto, importante lembrar que a lei não faz qualquer distinção entre violência contra humano ou não-humano) e, ainda que assim não fosse, em se tratando de violência contra animal entendemos que o acordo não se mostra suficiente e necessário a prevenção e reparação do crime. Sobre o fato de se tratar de crime cometido com violência, embora haja entendimento no sentido de que o termo violência se refira somente a pessoa, entendemos que, diante dos recentes estudos citados da senciência, certamente, a questão deverá ser vista no sentido de abarcar os animais. (GAGLIARDI, 2020. p.20)

Nesse sentido, resta destacada a importância de considerar a gravidade da violência perpetrada, independentemente da vítima ser humana ou não. O entendimento dos autores citados, consonantes com o senso comum, ressalta que a Lei não faz distinção nesse aspecto e argumenta que, mesmo que o benefício fosse aplicável, seria inadequado diante da gravidade da violência contra os animais. Esse posicionamento se alinha com o tema do presente artigo, que busca examinar a aplicação do ANPP em casos de violência contra animais, destacando a necessidade de uma abordagem mais abrangente e sensível diante da senciência dos animais.

3 - EVOLUÇÃO E PROTEÇÃO AOS ANIMAIS

A evolução da proteção dos animais domésticos no direito brasileiro reflete um crescente reconhecimento da importância do bem-estar animal através do tempo, especialmente a partir da última metade do século passado.

A Constituição Federal de 1988 foi pioneira ao incluir o meio ambiente, abrangendo a fauna e flora como patrimônio público a ser essencialmente protegido. Apesar de não mencionar especificamente animais domésticos, seu texto proíbe a submissão de qualquer animal à crueldade. Essa base constitucional foi indispensável para que fosse pavimentado o caminho para as legislações mais específicas que surgiram em períodos subsequentes.

Nesse contexto, a Lei de Crimes Ambientais, sancionada como lei nº 9.605/98, marcou um ponto fulcral ao criminalizar a prática de abuso, maus-tratos, ferimento ou mutilação de animais, incluindo aqueles domesticados. Tal avanço legislativo trouxe consequências legais significativas para quem maltrata animais, endurecendo a sanção através do estabelecimento de prisões e multas.

Como um avanço importante, a Resolução do Conselho Regional de Medicina Veterinária de nº 1236/2018 e do Decreto Lei de nº 24.625/34 estabelecem como:

> II – maus-tratos: qualquer ato, direto ou indireto, comissivo ou omissivo, que intencionalmente ou por negligência, imperícia ou imprudência provoque dor ou sofrimento desnecessários aos animais;
>
> III – crueldade: qualquer ato intencional que provoque dor ou sofrimento desnecessários nos animais, bem como intencionalmente impetrar maus tratos continuamente aos animais;
>
> IV – abuso: qualquer ato intencional, comissivo ou omissivo, que implique no uso despropositado, indevido, excessivo, demasiado, incorreto de animais, causando prejuízos de ordem física e/ou psicológica, incluindo os atos caracterizados como abuso sexual; (…)

O impacto real da Resolução do Conselho Regional de Medicina Veterinária nº 1236/2018 na prática é significativo, pois estabelece padrões éticos e de qualidade para o exercício da medicina veterinária. Isso influencia diretamente na forma como os profissionais lidam com os animais, garantindo que recebam o cuidado e tratamento adequados. Além disso, essa regulamentação contribui para a proteção da saúde pública, ao promover a prevenção de doenças transmitidas por animais e garantir a segurança alimentar. Em suma, o cumprimento dessas normas éticas e técnicas é essencial para garantir o bem-estar dos animais e a eficácia dos serviços prestados pelos médicos veterinários.

Outra lei fundamental nesse contexto é a Lei Sansão, ou lei nº 14.064 de 2020, que representou um refinamento nas leis de proteção aos animais, demonstrando uma sensibilidade jurídica cada vez maior para com esses animais que para muitos são considerados membros da família.

A modificação legislativa, ao introduzir o parágrafo 1º-A ao artigo 32, representou uma mudança substancial na abordagem legal dos crimes contra animais. Ao qualificar esses delitos com pena privativa da liberdade, incluindo a possibilidade de reclusão, a lei elevou o grau de gravidade atribuído a tais condutas. Anteriormente considerados crimes de menor potencial ofensivo, agora são tratados com maior rigor, refletindo uma resposta mais enérgica do sistema jurídico diante de atos de violência contra animais. Essa medida não apenas busca coibir essas práticas, mas também demonstra um reconhecimento mais amplo da importância de proteger a integridade e o bem-estar dos animais na sociedade.

Com a supracitada evolução no contexto da proteção legal aos animais, nota-se que a criminalização da conduta contida no tipo penal foca na proibição da crueldade contra os animais, tendo como ponto secundário a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, a natureza e a biodiversidade. Revelando assim o valor e a dignidade intrínseca de todo animal (especialmente cães e gatos) tendo sua proteção resguardada pela Constituição Federal.

Tal legislação é complementada por uma crescente doutrina jurídica[4] que apoia a transição dos animais de meros objetos para sujeitos de direitos, uma mudança paradigmática que ainda desafia muitas das noções tradicionais no direito. Esse desenvolvimento é apoiado por decisões judiciais, que terão capítulo à parte, que, cada vez mais, reconhecem a capacidade de sofrimento dos animais e a necessidade de sua proteção efetiva. Assim, o direito brasileiro continua a evoluir no sentido de oferecer uma proteção mais robusta e efetiva aos animais domésticos, alinhando-se com uma consciência global sobre a importância do bem-estar animal.

Ao analisar a legislação brasileira percebe-se que não há uma definição explícita e específica do que seriam os "animais domésticos" no Código Civil ou nas principais leis relacionadas a eles. Juridicamente, os animais são tratados como objetos de direito, o que significa que não possuem direitos subjetivos como os seres humanos, mas estão sujeitos a um regime jurídico especial que reconhece sua capacidade de sentir dor e sofrimento. Isso reflete uma tendência mais ampla em muitas jurisdições ao redor do mundo de mover-se em direção ao reconhecimento dos direitos dos animais que afeta e é condizente com a legislação brasileira.

O que tem se presenciado é que a situação jurídica dos animais domésticos está em constante evolução. Tradicionalmente, os animais são considerados bens semoventes segundo o Código Civil Brasileiro. São tratados e classificados como bens móveis para efeitos legais. Isto influencia no tratamento das várias situações jurídicas, incluindo transações comerciais e questões de responsabilidade. Nesse sentido, ilustra-se o entendimento jurídico do valor legal de um animal através do que é descrito pelo artigo 82 do Código Civil brasileiro:

> Seção II
>
> Dos Bens Móveis
>
> Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem

4 Cita-se a dissertação de mestrado de Diana Maria Meireles Pereira, que defende que os animas, por serem seres sencientes, devem ser considerados sujeitos de direito, de modo que a autora defende uma evolução dos ordenamentos jurídicos nesse sentido. No mesmo sentido, tem-se a posição defendida por Raquel Fabiana Lopes Sparemberger e Juliana Lacerda: "Dessa forma verifica-se que o pensamento da maioria da sociedade e do legislativo em relação aos animais precisa passar por grandes mudanças, fundadas em ideologias mais humanas, pois os animais não devem permanecer sendo considerados como objetos da satisfação humana e sim como seres sencientes, capazes de sentir emoções, dor e por isso merecem ter seus direitos respeitados como qualquer outro ser." (2015, p. 200-201).

> alteração da substância ou da destinação econômico-social. (BRASIL,2002)

Esse conceito, aplicável a diversos tipos de bens, incluindo animais, reflete uma abordagem jurídica que os considera como objetos passíveis de movimento e transferência de propriedade, sem necessariamente reconhecer sua natureza biológica, emocional ou senciência.

Essa definição tem implicações importantes no contexto jurídico, especialmente quando se trata de determinar o status legal dos animais. Por um lado, ao classificar os animais como bens móveis, o Código Civil brasileiro tende a tratá-los como propriedade sujeita às regras de posse, transferência e responsabilidade civil. No entanto, essa abordagem pode ser contestada à luz de perspectivas éticas e morais que reconhecem a capacidade dos animais de sentir e sua importância intrínseca como seres sencientes.

Assim, embora o artigo 82 do Código Civil forneça uma definição legal pragmática dos bens móveis, sua aplicação ao contexto dos animais levanta questões sobre a adequação dessa classificação diante da complexidade das relações humanas com os animais e da crescente conscientização sobre seus direitos e bem-estar.

Segundo Bekoff (2022) a ciência já conta com evidências suficientes de que os animais não-humanos são sencientes e, como tal, devem ser tratados com compaixão e respeito. Discussões contemporâneas e alterações legislativas têm buscado reconhecer a natureza senciente dos animais e ajustar sua proteção legal correspondente. A aceitação da senciência animal tem implicações significativas para como os animais são tratados em situações cotidianas na sociedade em geral.

A legislação brasileira tem avançado na proteção dos direitos dos cães e gatos reconhecendo-os como seres dignos de serem protegidos, sencientes, que merecem proteção legal. Pode-se acrescentar que as decisões judiciais também refletem essa mudança, tratando casos de maus-tratos com maior rigor e considerando o bem-estar animal como um valor jurídico importante. Em que pese não haver previsão de proposta de alteração no Código Civil quanto ao tratamento jurídico conferido aos animais.

O debate sobre o status jurídico dos animais continua a evoluir, com discussões sobre se eles devem ser reconhecidos não apenas como objetos de proteção, mas como sujeitos de direitos. Essa mudança de paradigma está ganhando apoio em várias frentes, desde ativistas dos direitos dos animais até acadêmicos e profissionais do direito, convergindo em decisões dos Tribunais, como as que serão analisadas.

Uma vez reconhecido que os animais podem ser vítimas de crime comissivo, consistente num fazer positivo, praticado com violência e grave ameaça. reconhece-se que eles são dotados de natureza biológica e emocional e, em consequência, são seres sencientes, dotados de emoções, que sentem prazer ou sofrimento.

Os animalejos deixam de ser considerados como uma utilidade a ser usufruída pelos homens, para serem protegidos no mesmo ou próximo ao patamar que os seres humanos, vedado seu tratamento como coisa.

Houve uma necessidade de evolução do sistema normativo do Brasil com base nas alterações dos valores manifestados pela sociedade. Especialmente no que se refere ao tratamento dado pelo Direito Civil no que tange ao fato de deixar de reconhecer os animais como "coisas" e passar a reconhecê-los como seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica.

Em sequência, verifica-se que o sujeito passivo imediato é o próprio animal considerado em si mesmo, podendo apenas afirmar que o meio ambiente seria apenas o sujeito passivo mediato do crime.

Além das leis de proteção, verifica-se também uma evolução nas práticas judiciais e na interpretação das leis existentes. Os tribunais brasileiros têm, cada vez mais, tomado decisões que refletem uma preocupação com o bem-estar dos animais, tratando casos de maus-tratos não apenas como infrações administrativas, mas como crimes graves.

Adiante serão abordadas decisões jurisprudenciais relevantes relacionadas à proteção dos animais, nas quais tribunais brasileiros têm se deparado com questões sobre a interpretação e aplicação da legislação vigente, incluindo o artigo 82 do Código Civil. Essas jurisprudências oferecem insights valiosos sobre como o sistema judiciário tem lidado com casos envolvendo maus-tratos, abandono e outras formas de vio-

lência contra animais, e como os magistrados têm interpretado e aplicado as leis pertinentes à proteção dos direitos dos animais. Essas decisões refletem não apenas a evolução do entendimento jurídico sobre o valor e a proteção dos animais na sociedade brasileira, mas também servem como referência para futuras apreciações de casos similares, contribuindo para o desenvolvimento de um arcabouço legal mais abrangente e eficaz para a defesa dos direitos dos animais.

4 - ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO NÃO OFERECIMENTO DO ANPP

Neste capítulo analisar-se-á duas decisões colegiadas que tratam sobre o não oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal diante da prática do crime capitulado no artigo 32-A, da lei 9605/98. Em consonância com o destacado anteriormente, será explorada a relevância destes casos para a discussão sobre o tratamento jurídico dos maus-tratos a animais e a negativa de aplicação do Acordo de Não Persecução Penal.

A primeira decisão, vinculada ao processo 1500621-35.2021.8.26.0050, publicada 30/11/2023, trata-se de um caso envolvendo o disparo de arma de pressão contra uma gata que necessitou de intervenção cirúrgica para a remoção do projétil, foi ressaltado a aplicação da justiça em situações de violência contra animais indefesos.

No caso, a recusa do Ministério Público em oferecer o ANPP foi baseada no argumento de que a conduta do acusado revelava uma violência deliberada contra o animal, além de um risco para os moradores da vizinhança, considerando-se também relatos de atos anteriores do réu contra outros animais.

A pena foi fixada no patamar mínimo e substituída por duas penas restritivas de direitos, em consonância com a condenação de dois anos de reclusão em regime aberto e multa. Além disso, o valor indenizatório pelos custos da cirurgia e tratamento do animal foi mantido, com base em prova documental.

Diante da sentença condenatória, o acusado interpôs recurso de apelação, visando sua reforma, de modo que alegou, preliminarmente, a nulidade do processo em razão da ausência de oferta do acordo de não persecução penal. No mérito, o acusado pleiteou sua absolvição.

Acerca da preliminar de nulidade suscitada pelo acusado, a 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que a recusa do Ministério Público foi correta, "pois, em se tratando de crime que envolve maus-tratos contra animais, por certo que a carga de violência nele embutida não se coaduna com os princípios que orientam a aplicação de tal instituto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo." (SÃO PAULO, 2023, p. 451). Além disso, o tribunal paulista entendeu que a postura reincidente do acusado de atirar em outros animais representaria um risco para outras pessoas que ali transitam e, portanto, a recusa do ANPP foi devidamente justificada pelo Ministério Público, não havendo nulidade no referido caso.

Em que pese a manifestação da 12ª Câmara de Direito Criminal do TJSP, verifica-se que não houve um aprofundamento na discussão acerca da norma do art. 28-A do Código de Processo Penal, uma vez que o acórdão não adentrou na questão do termo "violência" se referir apenas à pessoa ou também incluir os animais.

De outro lado, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento do *habeas corpus* nº 1.0000.23.095255-8/000, chegou a examinar apenas a possibilidade de remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público em caso de recusa por parte do promotor de primeiro grau de jurisdição.

No caso em questão, foi impetrado *habeas corpus* pleiteando a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público, nos termos do art. 28-A, §14, CPP, para verificar a possibilidade de oferecimento do ANPP. A defesa alegou que requereu sua remessa tempestivamente, todavia, o juízo *a quo* negou o pedido. O caso concreto versava sobre o crime de maus tratos a animal. O tribunal mineiro concedeu a ordem de *habeas corpus*, determinando a remessa dos autos para o órgão superior do Ministério Público, a fim de dar cumprimento ao referido dispositivo legal. O argumento utilizado pela 1ª Câmara Criminal considerava que não era o caso de manifesta inadmissibilidade do ANPP e, portanto, a defesa poderia requerer a remessa dos autos. O TJMG não chegou a analisar se o ANPP era cabível nos casos envolvendo o delito de maus tratos a animal.

Verifica-se, portanto, que o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é pioneiro ao analisar o assunto. Ao longo desta pesquisa, não foram encontrados acórdãos de outros tribunais que versam sobre a possibilidade de oferecimento do ANPP em casos envolvendo o crime de maus tratos contra animais. Logo, não há uma jurisprudência aprofundada sobre o tema, mas certamente é esperado que novos casos sejam enfrentados pelos tribunais brasileiros. Futuramente, espera-se que o tema seja enfrentado pelas Cortes Superiores, a fim de pacificar e uniformizar o referido entendimento.

Todavia, é possível afirmar que já existe decisão corroborando com a restrição do uso do ANPP em casos envolvendo violência contra animais, conforme estipulado pela legislação.

Através da análise de casos/decisões/julgados acima selecionados, ilustra-se como as cortes têm interpretado e aplicado as restrições legais ao ANPP em situações de maus-tratos a cães e gatos.

5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), estabelecido pelo artigo 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019), representa um avanço significativo na justiça restaurativa. A aplicação do ANPP, conforme estipulado no Código de Processo Penal, requer a ausência de violência ou grave ameaça, entre outros critérios.

Contudo, a interpretação desse requisito deve ser expandida para considerar a violência exercida contra qualquer ser senciente, incluindo cães e gatos. A violência, seja contra humanos ou animais, é um ato de gravidade tal que justifica a persecução penal plena, visando não apenas punir o infrator, mas também reafirmar os valores sociais contra a crueldade e o abuso. No entanto, sua aplicabilidade deve ser considerada com cautela, especialmente em casos que envolvem violência, independentemente de a vítima ser uma pessoa ou um animal.

O artigo 32, § 1º-A, da Lei nº 9.605/98, que trata dos crimes ambientais, especificamente de maus-tratos contra cães e gatos, prescreve uma pena de reclusão de dois a cinco anos, além de multa e proibição de guarda. A gravidade atribuída a esses atos reflete uma compreensão legislativa da severidade e da natureza grave do crime, que envolve violência contra seres sencientes. A inclusão de penas mais rigorosas é um indicativo da seriedade com que o legislador encara a violência contra esses seres, reconhecendo-os não apenas como propriedade, mas como entidades sencientes que merecem proteção especial.

Juridicamente, é essencial reconhecer que a violência não deve ser vista de maneira restrita apenas quando dirigida contra humanos. A senciência dos animais — sua capacidade de experimentar dor, sofrimento e emoções — demanda um reconhecimento jurídico que transcende a noção tradicional de violência. O legislador brasileiro, ao instituir penalidades mais severas para crimes contra cães e gatos, reconheceu implicitamente que tais atos constituem violência, merecendo resposta penal proporcional.

Assim, a aplicação do ANPP a esses casos contraria a intenção do legislador de assegurar uma punição adequada e efetiva para os infratores, visto que a substituição da pena privativa de liberdade por medidas alternativas não reflete adequadamente a reprovação social e a gravidade do ato cometido. Além disso, a oferta de ANPP, em situações que envolvem violência expressiva contra animais sencientes, pode minar o efeito dissuasivo das sanções penais e comprometer a proteção jurídica destinada a esses seres. Conclui-se, portanto, o não oferecimento do ANPP em casos de crimes de maus-tratos contra cães e gatos está alinhada com os princípios de justiça e com a legislação vigente, que busca proteger de maneira efetiva os animais de atos de crueldade. Ignorar a violência contra esses seres sencientes sob a prerrogativa de que o ANPP visa a desburocratização do sistema penal seria minimizar a gravidade dos atos praticados e, consequentemente, falhar na proteção adequada que a legislação se propõe a garantir. A prática de violência, seja contra humanos ou animais, deve ser enfrentada com medidas judiciais que refletem a seriedade do crime e reforçam o compromisso da sociedade com a justiça e o respeito a todas as formas de vida.

A realidade demonstra que o direito dos animais sob a ótica das garantias constitucionais ainda precisa de uma maior evolução. Contudo na prática isto está sendo observado através das

manifestações jurídicas, ministeriais e judiciais. O reconhecimento dos animais, especialmente cães e gatos, como sujeitos de direitos priorizando a sua dignidade é o caminho da sociedade atual amparando os vulneráveis.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque; ARRUDA, Karol. **Pacote anticrime comentado.** Salvador: JusPodivm, 2020.

Apelação Criminal 1500621-35.2021.8.26.0050; Relator (a): Nogueira Nascimento; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 6ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 30/11/2023; Data de Registro: 30/11/2023)

ARAÚJO, Anaís. Existe a possibilidade do cabimento de ANPP (Acordo de Não Persecução Penal) em crimes de maus-tratos de animais? 11 de dezembro de 2023. Disponível em: https://web.abracrim.adv.br/existe-a-possibilidade--do-cabimento-de-anpp-acordo-de-nao-persecucao-penal--em-crimes-de-maus-tratos-de-animais/#_ftn1. Acesso em 02 de maio de 2024.

ATAÍDE JR, Vicente; MANOEL, Carneiro. **Impossibilidade de ANPP no crime de maus-tratos contra cães e gatos**. 2023. https://www.conjur.com.br/2023-ago-01/vicente--franklin-maus-tratos-caes-gatos-anpp/. Acesso em 02 de maio de 2024

.

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. **Acordo de não persecução penal, teoria e prática**. São Paulo: Editora JHmizuno, 2019.

BEKKOF, Marc**. It's Time To Stop Wondering if Animals Are Sentient—They Are: Is it anti-science to claim that nonhumans aren't sentient?** Pshichology Today, 2022. Disponível em :https://www-psychologytoday-com.translate.goog/us/blog/animal-emotions/202205/it-s-time-stop-wondering-if-animals-are-sentient-they-are?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc. Acesso em 02 de maio de 2024.

BERTUZZO, Tiago Bregolin. Do crime de maus-tratos contra cães e gatos à (im) possibilidade de acordo de não persecução penal: uma análise da atuação penal em defesa do animal. Caxias do Sul, 2023.

BRASIL. Associação Brasileira de Normas Técnicas. **ABNT NBR ISO 14001:2004**. Sistemas da gestão ambiental – requisitos com orientações para uso. ABNT, 31 dez. 2004. Disponível em: http://www.madeira.ufpr.br/disciplinasghislaine/iso-14001-2004.pdf. Acesso em 02 de maio de 2024.

BRASIL. **Ato CGMP nº 2, de 17 de abril de 2023.** Centro de estudos e aperfeiçoamento funcional do ministério público diretoria de informação e conhecimento. Diário oficial eletrônico do MPMG de 18.04.2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 02 de maio de 2024.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código De Processo Penal**.

BRASIL. **Lei n.º 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em 02 de maio de 2024.

BRASIL. **Lei n.º 14.064**, de 29 de setembro de 2020. Altera a Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14064.htm. Acesso em 02 de maio de 2024.

BRASIL. **Lei n.º 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativos derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em 02 de maio de 2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil.**

BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - **Código Penal, e dá outras providências.**

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal**. 3. ed. São Paulo: Juspodium, 2022.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 97.

COSTA, Fred. PL que altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para proibir a celebração de Acordo de Não Persecução Penal – ANPP nos crimes de maus-tratos a cães e gatos. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?-codteor=2356654. Acesso em 02 de maio de 2024.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. **Crime de maus tratos contra cães e gatos: ANPP e proibição da guarda.** Meu Site Jurídico. 2020.

GALILEU; Terapia com cães pode ajudar no aprendizado de estudantes, aponta estudo: Pesquisa feita nos EUA sugere que a interação humano-animal tranquiliza os alunos, faz com que eles lidem melhor com o estresse e favorece habilidades cognitivas. Editora Globo, maio de 2021.

GLATTER, Robert. **Animais de estimação podem ajudar na saúde mental ao reduzir a solidão no isolamento**: Estudo feito no Reino Unido revelou que 90% dos tutores lidaram melhor com o confinamento. Disponível em: https://forbes.com.br/forbessaude/2020/09/animais-de-estimacao-podem-ajudar-na-saude-mental-ao-reduzir-a-solidao-no-isolamento/. Acesso em 02 de maio de 2024.

GLOBO. Passeios podem diminuir o risco de demência em cães e tutores, diz estudo. Os exercícios provavelmente impactam positivamente na biologia do envelhecimento, reduzindo inflamações, aumentando a plasticidade cerebral e evitando a obesidade. Vida de Bicho. Globo, 2020. Disponível em:https://vidadebicho.globo.com/saude/noticia/2022/12/passeios-podem-diminuir-o-risco-de-demencia-em-caes-e-tutores-diz-estudo.ghtml. Acesso em 02 de maio de 2024.

GUEVARA, Aline. **Cães e Gatos Domésticos Serão 101 Milhões No Brasil Em 2030.** Revista PetCenter, Groom Brasil. São Paulo, 2020. Disponível em: https://www.revistapetcenter.com.br/atualidades/ca%CC%83es-e-gatos-domesticos-sera%CC%83o-101-milho%CC%83es-no-brasil-em-2030/. Acesso em 09 de maio de 2024.

https://static1.squarespace.com/static/63029753f394340c2bb23ef8/t/66172770d00c657e9d1d5c36/1712793457961/F61130459C63A5_cnmp-tokinho-anpp.pdf acesso em 26 de abril de 2024

DA SILVA, Emanuel Matias. Oferta do ANPP e a questão dos maus tratos a animais. Consultor Jurídico. 2 de novembro de 2023, https://www.conjur.com.br/2024-mar-26/proposta-de-alteracao-no-codigo-civil-nao-altera-status-juridico-dos-animais/IBGE. **Planos de dados abertos 2024-2025**. Rio de Janeiro,2024.

IBGE. **Quase 48 milhões de domicílios no Brasil tem cães ou gatos, aponta pesquisa do IBGE**: Os dados revelados pelo IBGE mostram que a vacinação dos animais teve uma queda. Correio Brasiliense, 2019.

PENDRY, Patrícia; CARR, Alexa M.; VANDAGRIFF, Jaymie L.; **Nossa**, Nancy R. **Incorporando a interação humano-animal em programas de gerenciamento de estresse acadêmico: efeitos na função executiva de estudantes universitários típicos e em risco.** AERA Open January-December 2021, Vol. 7, No. 1, pp. 1–18 DOI: https://doi.org/10.1177/23328584211011612 Article reuse guidelines: sagepub.com/journals-permissions © The Author(s) 2021. https://journals.sagepub.com/home/ero

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Habeas Corpus* n° 1.0000.23.095255-8/000. Relator Alberto Deodato Neto. Minas Gerais, 31 de maio de 2023. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do. Acesso em 02 de maio de 2024.

MINAS GERAIS. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Acordo de não persecução penal – guia prático. CaoCrim, 2022. **MPMG Jurídico** – Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2022. Disponível em: https://www.mpmg.mp.br/data/files/2F/14/F8/5E/D59A38106192FE28760849A8/-%20Acordo%20de%20nao%20persecucao%20penal.pdf. Acesso em 02 de maio de 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Criminal n° 1500621-35.2021.8.26.0050**. Apelante: Romulo Enrique Prata, Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator José Roberto Nogueira Nascimento. São Paulo, 30 de novembro de 2023. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do. Acesso em 02 de maio de 2024.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; LACERDA, Juliana. Os animais no direito brasileiro: desafios e perspectivas. **Revista Amicus Curiae**, v. 12, n. 2, p. 183-202, 2015.

PEREIRA, Diana Maria Meireles. **Animais: Sujeitos de Direito ou Direitos de um Sujeito?**. 2015. Dissertação de Mestrado. Disponível em: https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/34694. Acesso em 02 de maio de 2024.

PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro. **Acordos de não persecução penal e cível**. São Paulo: Editora Mizuno, 2021.

GAGLIARDI, Eloisa Baissardo. **Cartilha de Defesa Animal do MPSP ganha seção sobre maus-tratos a cães e gatos**. Ministério Público de São Paulo – MPSP. São Paulo. 2020.

A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO APLICADA AO CONTEXTO DE SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRO: UM ENSAIO SOBRE IMPUNIDADE ESTRUTURAL

VANIA SAMIRA DORO PEREIRA PINTO

A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO APLICADA AO CONTEXTO DE SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRO: UM ENSAIO SOBRE IMPUNIDADE ESTRUTURAL

VANIA SAMIRA DORO PEREIRA PINTO

PROFESSOR ORIENTADOR: PERY F. A. SHIKIDA

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS:
AED - Análise Econômica do Direito
CORTE IDH - Corte Interamericana de Direitos Humanos
CVLI - Crimes Violentos Letais Intencionais
MDIP - Mortes Decorrentes de Intervenção Policial
MVI - Morte Violenta Intencional
ONU - Organização das Nações Unidas
SENASP - Secretaria Nacional de Segurança Pública
UNODC - Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime
WJP - World Justice Project

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO 396

2 - ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E SUA APLICAÇÃO AO SISTEMA JURÍDICO-PENAL 396

3 - CONTEXTO HISTÓRICO E ATUAL DO TRATAMENTO DA SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL.... 397

4 - IMPUNIDADE ESTRUTURAL 400

5 - CONCLUSÃO 403

REFERÊNCIAS 404

1 - INTRODUÇÃO

Neste artigo, discute-se a existência ou não de relação entre a efetividade da investigação e da persecução penais e as taxas de criminalidade no contexto brasileiro; em outras palavras, investiga-se se a aplicação concreta de sanção penal influência de forma relevante na tomada de decisão para a prática de crime, em especial os violentos com resultado de morte intencional.

Para tanto, apresentam-se inicialmente breves definições sobre Economia e Direito e a relação dos seus institutos na explicação e regulação dos comportamentos humanos. Dessa interface, percebe-se o nascimento da Análise Econômica do Direito, disciplina cujo espectro de aplicação irradia por todos os ramos jurídicos, inclusive o Penal.

Em seguida, objetiva-se fazer reflexões sobre estratégias adotadas pelo Estado brasileiro como política de segurança pública, sobretudo a partir da vigência da Constituição da República de 1988.

Considerando levantamentos de dados existentes e disponíveis, intenta- se compreender o impacto das estratégias mais sedimentadas no combate à violência urbana sobre as taxas de criminalidade.

Por fim, analisa-se o conceito de impunidade estrutural e como ele se relaciona com índices atinentes a elucidações de crimes de homicídio, efetividade do sistema de justiça criminal e adesão ao Estado de Direito (submissão ao império das normas) no Brasil.

A partir dos assuntos expostos, propõe-se a reflexão sobre o real impacto do sistema jurídico-penal, especificamente como operado na atualidade, na escolha racional do sujeito pela prática do crime e a conversão ou não em realidade da dissuasão almejada.

2 - ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E SUA APLICAÇÃO AO SISTEMA JURÍDICO-PENAL

Economia e Direito constituem ciências diferentes e autônomas, cada qual com seus conceitos, estruturas e lógica próprias. Enquanto o objetivo da primeira é analisar a relação entre a escassez de recursos e as necessidades humanas ilimitadas, a segunda busca regular comportamentos e relações humanas.

Nesse cenário, constatadas as interferências que os institutos do Direito e da Economia exercem sobre o comportamento humano, ambos passam a se inter- relacionar. Busca-se, assim, utilizar fundamentos econômicos para explicar o comportamento humano em face da regulação social desenvolvida pelo ordenamento jurídico. O objetivo é compreender, a partir do conhecimento do que pode aumentar ou diminuir a adesão de um indivíduo às normas postas, o que incrementa ou fragiliza a efetividade do Direito.

Nasce dessa relação a Análise Econômica do Direito (AED). Conforme desenvolvido por Porto e Garoupa (2022), a AED baseia-se em métodos da teoria microeconômica. Ao contrário da perspectiva macroeconômica, pautada em fatores econômicos de forma ampla, a AED utiliza análises fundadas em menor escala para a aferição comportamental:

> A AED é uma disciplina que estuda o direito e suas instituições, tendo como eixo central de análise a racionalidade individual. Pode ser definida como a aplicação da teoria econômica, e dos métodos econométricos, ao exame da formação, da estrutura, dos processos, dos impactos do direito e das instituições legais.
>
> [...]
>
> A perspectiva teórica em questão tem por base os métodos da teoria microeconômica. Segundo tal teoria, antes de tomar uma decisão os agentes econômicos comparam os benefícios e os custos das diferentes alternativas, sejam elas de natureza estritamente econômica, seja de natureza social ou cultural. Estes custos e benefícios são avaliados segundo as preferências dos agentes e o conjunto de informações disponíveis no momento da avaliação. Essa análise de custo-benefício é consequencialista porque leva em conta o que vai acontecer (em termos probabilísticos) depois de tomada a decisão. Os agentes econômicos, portanto, preocupam-se com o futuro e não com o passado, uma vez que este último não pode ser modificado (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 59/60).

A AED trata o sujeito como um ser racional que busca, na maior medida possível, maximizar o próprio bem-estar ou felicidade. Com tal objetivo, esse sujeito tentará, no campo econômico ou em suas relações sociais e culturais, sopesar custos e benefícios no alcance desse máximo de felicidade.

Realizar o adequado equilíbrio entre custos e benefícios seria, sob a perspectiva da AED, a chave para encontrar a maior eficiência do ordenamento jurídico e implementar maiores incentivos para adesão às normas ou, em outras palavras, promover maior dissuasão ao seu descumprimento.

No âmbito do sistema jurídico-penal, até sob a ótica de que as normas penais buscam proibir, ou pelo menos desencorajar, diversos comportamentos, é possível identificar um campo de aplicação para a AED.

Por óbvio, essa análise precisa partir do ponto comum adotado pelas teorias econômicas, qual seja, o fato de que o ser humano é um ser racional, que realiza suas escolhas e adota comportamentos com base em decisões racionalizadas.

> A partir da concepção tanto de Becker quanto dos modernos Beccaria e Bentham – de que o crime, tal como qualquer outra, é uma atividade profundamente racional , a Análise Econômica do Direito Penal vale-se de teorias comportamentais que intentam explanar o processo de raciocínio que conduz à prática de um delito. Cuida-se, notadamente, da teoria da escolha racional, da teoria dos jogos e da teoria da dissuasão: cada qual intenta explicar, à sua maneira – embora as três sejam conciliáveis –, o cálculo racional do agente criminoso (CARDOSO; GONÇALVES, 2016, p. 89).

Importante ressaltar, agora, que se discorrerá sobre o comportamento médio, retirando-se do foco do estudo aquelas situações que possivelmente interfiram na capacidade de escolha racional. Em particular, citam-se as situações de inimputabilidade (quando o agente que pratica a conduta delituosa sequer tem condições de alcançar o entendimento sobre a ilicitude da conduta ou de se determinar quanto a esse entendimento) e mesmo aqueles crimes efetivamente praticados sob o domínio de violenta emoção (já que o indivíduo, ainda que momentaneamente, encontra-se tolhido de sua completa racionalidade).

Pautando-se pela AED, não é difícil inferir que a verificação sobre a escolha racional que é feita pelo sujeito para a prática do delito tem utilidade em todas as fases do sistema de justiça criminal. Isso se aplica desde o momento de criação da norma penal incriminadora, com a opção do preceito primário (comportamento proibido) e do preceito secundário (tipo e quantidade de sanção

aplicáveis quando de sua não observância), seja no momento de realização da persecução penal (desde os mecanismos de investigação e processo na busca de autoria e materialidade para a condenação), seja na fase da execução da pena, quando o preceito secundário desenvolvido antes da prática do crime vai se materializar efetivamente (STEIN, 2018, p. 3).

Isso porque:

> Em uma análise comportamental, o agente criminoso promove o equilíbrio dos benefícios esperados com os ganhos derivados de sua atividade criminosa – seja tangível (crimes patrimoniais) ou intangível (a dor e o sofrimento da vítima, em alusão aos crimes contra a pessoa). (BOTELHO; RAMOS, 2019, p. 197).

De se ressaltar que a busca da efetividade do sistema jurídico-penal à luz da AED não pode estar fundada em uma linguagem binária, segundo a qual é efetivo o sistema que elimina totalmente a prática delituosa, e não efetivo o sistema que não o faz. Concepção semelhante levaria à conclusão de que não existe sistema de justiça criminal efetivo ou resultaria na criação de uma sociedade restritiva a tal ponto que o bem-estar da coletividade estaria demasiadamente comprometido, o que constituiria uma verdadeira quebra na lógica da função do Direito e das teorias econômicas. A AED, no âmbito penal em especial, busca encontrar um conceito de dissuasão eficiente, ou seja, aquele que minimiza os custos sociais suportados pela prática criminosa.

3 - CONTEXTO HISTÓRICO E ATUAL DO TRATAMENTO DA SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL

O Brasil vivencia há muito tempo uma alarmante situação de insegurança pública, que congrega grande sensação de insegurança da população em geral e altos índices de violência.

Segundo a organização não governamental Fórum Brasileiro de Segurança Pública, por meio dos levantamentos publicizados pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023, no ano de 2022, ocorreram no Brasil 47.398 mortes violentas intencionais, o que corresponde a uma taxa de 23,3 por 100 mil habitantes. Ainda conforme o citado documento, as maiores taxas foram encontradas nos estados do Amapá (50,6), Bahia (47,1) e Amazonas (38,8), enquanto os menores índices foram observados em São Paulo (8,4), Santa Catarina (9,1) e Distrito Federal (11,3).

A série histórica de levantamentos teve início em 2007, com o lançamento do primeiro anuário pela organização. Desde então, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública passou a compilar dados sobre a segurança pública no Brasil, conforme disponibilidade, por meio do Anuário e do Atlas da Violência (cuja série histórica iniciou-se com o lançamento do primeiro documento em 2016).

Nos anos 2009 e 2010, consoante dados trazidos pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2011, primeiro ano no qual foi utilizada a categoria CVLI (Crimes Violentos Letais Intencionais), as taxas nacionais foram de 21,9 e 21,5, respectivamente. A taxa de mortes violentas intencionais, segundo as estatísticas de 2020, publicadas já sob influência dos efeitos da pandemia da COVID-19, manteve-se no patamar de 23,6 por 100 mil habitantes.

Nesses levantamentos, é possível perceber um ciclo que alterna ondas de aumento de índices de práticas violentas, seguidas por incremento de punições, com o surgimento de novas condutas criminalizadas, aumento ou recrudescimento de penas, diminuição de figuras despenalizadoras, ressocializadoras ou descriminalizantes como resposta estatal. Esse ciclo se apresenta como uma espécie de repetição contínua.

Com a abertura democrática e o fim do regime ditatorial instalado em 1964, na linha da nova Constituição da República de 1988, houve o início da construção de um sistema de justiça criminal voltado a limitar os abusos estatais e garantir àquele acusado de práticas criminosas um tratamento humanizado, livre de tortura e arbítrio de quem detém o monopólio da punição. Esse movimento, claramente, surgiu como reação aos anos de violações praticadas pelo antigo sistema.

Essa busca de romper com a antiga situação pode ser demonstrada pela alteração parcial do Código Penal. A parte geral deste diploma legal, originalmente em vigor desde 1940, disciplina toda a aplicação da parte especial (em que há previsão de crimes e penas propriamente ditos), totalmente reformada em 1984. Nessa nova sistematização, foram incluídas previsões de penas restritivas de direitos, como substitutivas das privativas de liberdade, além da incorporação de teorias mais modernas sobre participação e autoria, culpabilidade, dentre outras alterações.

Ocorre que, ainda na década de 90, o país acompanhou o aumento desordenado de inúmeras práticas criminosas, tais como extorsão mediante sequestro, tráfico de drogas e o início de agremiações de pessoas para sua realização, além do aumento de homicídios em contexto de disputa por bandos criminosos, roubos, violência contra crianças e adolescentes etc.

Como resposta quase imediata, editaram-se legislações que buscaram ampliar o controle do Estado sobre o corpo social, com a criação de novos comportamentos proibidos e a tentativa de aumentar o desestímulo à prática delitiva. Isso com a previsão de sanção mais grave (previsão de novas causas de aumento, proibição de substituição de pena restritiva de direitos por privativa de liberdade, por exemplo); aumento das penas mínima e/ou máxima já existentes na legislação; proibição ou criação de barreiras para o gozo de outros benefícios (acompanhamento de processo em liberdade, livramento condicional, progressão de regime etc.). Como exemplo dessa onda, podem ser citadas a Lei de Prisão Temporária (Lei 7.960/89), Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), o Estatuto da Criança e do Adolescente, com previsão de crimes especiais (Lei 8.069/90), Lei 8.137/90, Código de Defesa do Consumidor, com previsão de crimes especiais (Lei 8.078/90), Lei 9.426/96, Lei 9.605/98.

Como já dito, esse ciclo de recrudescimento penal não foi adotado em uma única oportunidade durante a abertura democrática ou na década de 90, mostrando-se um fenômeno periódico. Ou seja, esse passou a ser o principal método de combate à criminalidade, especialmente contra a criminalidade violenta, no Brasil. Da mesma forma, poderiam ser citadas as Leis 10.741/03 (Estatuto da Pessoa Idosa), 11.340/06 (Lei Maria da Penha), 11.343/06 (Lei Antidrogas), 12.015/09, 13.104/15, 13.142/15, dentre outras.

Por outro lado, esse incremento legislativo não parece ter sido acompanhado de outras medidas. Os entes estatais não acompanham sistematicamente o efeito do novo conjunto de regras para analisar se houve eventual sucesso dessas alterações legislativas. Ademais, inexistem dados consolidados sobre o número de crimes praticados no país, sua espécie e os locais de maior incidência deles. Não há levantamentos sobre quantos autores foram identificados, quantas investigações terminaram sem essa identificação, quantas pessoas foram condenadas, quais as principais causas de absolvição, quanto tempo em média dura toda

a persecução para cada espécie de crime, desde a investigação até o início do cumprimento de pena, qual o índice de não continuidade em razão da prescrição etc. Esses dados, quando existem, são, na maioria das vezes, levantados por organizações privadas e, quando trazidas a lume pelos estados-membros, as compilações são feitas sem qualquer padronização.

É cediço que o Ministério da Justiça, atualmente também da Segurança Pública, foi uma das fontes de informações para os levantamentos realizados (alguns já citados) pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, havendo inclusive coedição pela então Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP) em relação ao Anuário desde 2011.

Contudo, diante da ausência de padronização de dados ou de uma priorização em suas coletas pelos órgãos responsáveis pela temática, pode-se dizer que não há um diagnóstico produzido oficialmente no país. Essa lacuna impossibilita o conhecimento efetivo das causas da violência e das estratégias que poderiam ser efetivadas para o seu controle. Na verdade, não há sequer acompanhamento para se confirmar se as alterações legislativas surtem o efeito desejado na dissuasão da prática delitiva.

Havendo uma nova alta na criminalidade, utiliza-se da reiterada prática isolada de mudança legislativa para o recrudescimento da previsão penal. Ano após ano, o Brasil segue estampando índices alarmantes de violência e insegurança pública.

Não se pretende, aqui, afirmar que o recrudescimento legislativo não tem valia para o combate à criminalidade, mesmo porque, ante a ausência de dados oficiais suficientes e de qualidade para comparativos, seria essa constatação, no mínimo, cientificamente inadequada. Contudo, empiricamente, parece que essa medida tem sido, ao menos quando se a analisa isoladamente, ineficaz.

Nesse sentido:

> [...] a expansão indiscriminada do direito penal não é eficaz na missão que indevidamente lhe foi dada, isto é, na redução da criminalidade, visto que a criação de novos delitos e majoração das penas já existentes, ao passar dos anos, não trouxe impactos positivos na diminuição da violência, no aumento da segurança pública [...]. (ARAÚJO; RODRIGUES, 2018, p. 984).

Agravando o contexto de violência, cumpre consignar que, apesar dos esforços empregados no implemento de normas constitucionais voltadas à limitação do arbítrio e poder do Estado, a ruptura com o uso excessivo da força pelas instituições, em especial as de natureza policial, não ocorreu efetivamente.

Desde a entrada em vigor da nova ordem constitucional, o país também experimentou aumento, ano após ano, do uso excessivo de força, atuação violenta e com índices letais alarmantes, sem a devida responsabilização dos agentes abusadores, incrementando também, sob este viés, a sensação de impunidade.

Segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, no Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2023:

> Considera-se que há uso abusivo da força por parte das polícias quando o indicador da proporção de mvi em relação ao total das MDIP ultrapassa 10% (Cano, 1997). Nas proporções observadas no Brasil, o indicador denota que as mortes causadas pelas polícias ocupam um espaço muito significativo e destacado entre os agentes sociais causadores de mortes violentas intencionais. No Amapá, mais de 1 em cada 3 mortes violentas intencionais foi causada pelas polícias.
>
> Quanto à proporção entre letalidade e vitimização policial, proporções superiores a 15 civis mortos para cada policial morto indicam uso excessivo da força (Loche, 2010; Chevigny, 1991). No Paraná, houve 479 mortes decorrentes de intervenções policiais para cada vitimização policial. Os números observados contrariam a narrativa padrão de uso proporcional e reativo da força policial, de que as mortes ocorreriam em decorrência de confrontos.
>
> É evidente que o confronto faz parte da atuação policial e o uso da força é constituinte da profissão, contudo, a desproporcionalidade do uso da força está suficientemente evidente em ambos os indicadores, assim como a grande heterogeneidade entre as unidades da federação, que é historicamente consolidada e sinaliza concentração territorial e institucional da letalidade policial no Brasil. Algumas polícias são muito mais violentas que outras. Amapá, Bahia, Goiás, Rio de Janeiro e Sergipe seguem sendo as polícias que mais fazem uso abusivo da força no país. (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2023, p. 64).

À primeira vista, assim como ocorre com o recrudescimento das sanções abstratamente previstas, seria possível concluir que esse movimen-

to estatal de endurecimento da atuação policial como forma de combater o avanço da criminalidade violenta resultaria em efeitos positivos para a melhoria da segurança pública.

Contudo, verifica-se empiricamente o contrário:

> A narrativa padrão de confronto não só não se sustenta diante da desproporcionalidade do uso da força de parte das polícias do Brasil, cujos dados estatísticos revelam desalinhamento com os princípios de progressividade, proporcionalidade e legalidade, ela decorre de investimentos extremamente ineficazes, ineficientes e inefetivos dos recursos do Estado num modelo de policiamento que não é capaz de reduzir a violência, conforme temos atestado nas últimas décadas.
>
> Prova disso é o fato de que 7 das 10 cidades com as maiores taxas de mortes violentas intencionais do país integram os estados com as polícias mais violentas do país (Amapá e Bahia). Quando olhamos para as 20 cidades com as maiores taxas de MVI, 14 estão nos estados com polícias mais violentas do país (Amapá, Bahia e Rio de Janeiro). Obviamente, polícias violentas não reduzem a violência (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2023, p. 64-65).

Ao lado desse quadro de uso abusivo da força pelo Estado, evidencia-se a incipiência dos mecanismos de controle previstos, conforme anunciado nas alegações finais apresentadas à Corte Interamericana de Direitos Humanos - CORTE IDH por Affonso *et al*:

> [...] discurso do "bandido bom é bandido morto" e a tolerância social com a violência policial foi objeto de pesquisa recente do Instituto Datafolha para o Fórum Brasileiro de Segurança Pública que revelou que cerca de 60% dos brasileiros e brasileiras concordam com a afirmativa. O modelo de conduta das instituições policiais, seu corporativismo e a permissividade social e dos demais órgãos do sistema de justiça em relação às execuções sumárias têm corroborado para a impunidade relativa a estes crimes. Ou seja, face a uma versão de confronto em que a vítima é taxada de bandido, o sistema de justiça tem adotado uma posição de legitimação da versão de confronto e não investigação dos fatos como execuções sumárias, ainda que hajam elementos para tanto. Assim, não são feitas diligências ao local para
>
> perícias ou para procurar testemunhas das mortes que poderiam elucidar as circunstâncias das mortes e identificar os responsáveis, diligências fundamentais para a realização de justiça.
>
> [...]
>
> Segundo Ignacio Cano, que pesquisou o processamento de inquéritos policiais de mortes resultantes de intervenções policiais à época dos fatos, mais de 98% deles foram arquivados a pedido do Ministério Público e os que foram denunciados, posteriormente resultaram em absolvição a pedido dos promotores no julgamento em razão de falta de provas, em contradição com o posicionamento prévio da própria instituição. Ou seja, os inquéritos "não resultaram em uma única condenação por homicídio, apesar da evidência de execução sumária num número significativo destes". O estudo ainda apontou que menos de 4% dos inquéritos contavam com perícia do local dos fatos e que 62% só continham depoimentos dos policiais que participaram da ação como elemento de prova. (AFFONSO *et al*, 2016, p. 1.233-1.234).

Assim, ainda que exista alguma severidade em relação às condutas proibidas e às penas cominadas quando de suas práticas, surge a questão: haveria efeito dissuasório meramente legislativo diante da sensação de que a norma não será realmente cumprida? Em outras palavras, em que medida o sentimento de impunidade atua como incentivador do comportamento desviante?

4 - IMPUNIDADE ESTRUTURAL

Se, por um lado, as taxas de criminalidade violenta no Brasil são altas, o mesmo não se pode dizer dos índices de esclarecimento.

Conforme dados do Estudo Global sobre Homicídios de 2019, elaborado pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), o Brasil tem a segunda maior taxa de homicídios dentre os países da América do Sul (NAÇÕES UNIDAS, 2019).

O mesmo estudo aponta que, ao lado das altas taxas de ocorrência de homicídios, os países das Américas apresentam baixos índices de esclarecimento desses crimes, com média abaixo da mundial, que seria de 63%, enquanto aqueles ostentariam a média de 43%.

A média brasileira de elucidações, no caso dos homicídios, é ainda mais baixa. De acordo com estudo realizado pelo Instituto Sou da Paz, também no ano de 2019, a identificação de pelo menos um dos envolvidos no crime, com a formalização de sua acusação no Poder Judiciário, era de 37%, ou seja, ainda menor do que a média da América do Sul e muito abaixo da marca mundial (INSTITUTO SOU DA PAZ, 2022).

Trilhando o mesmo caminho, o World Justice Project (WJP), organização independente que pesquisa a adesão dos países do mundo ao Estado de Direito (tradicionalmente denominado na cultura anglo-saxã como Rule of Law), desde 2015 publica anualmente o Rule of Law Index. Esse documento propõe, por meio da análise de nove fatores, pontuar cada país participante, a partir dos dados disponibilizados, em escala que varia entre 0 e 1, sendo este último o melhor nível de avaliação.

Os fatores avaliados, que se desdobram em subfatores, são restrições aos poderes do Estado; abstenção de corrupção; transparência do Estado e abertura para participação; direitos fundamentais; ordem e segurança; aplicação da lei; Justiça Civil; Justiça Criminal e Justiça Informal. Dentre os subfatores observados em relação à Justiça Criminal, estão efetividade da investigação criminal; prazo e efetividade do julgamento criminal; efetividade na redução do comportamento criminoso pelo sistema de execução penal; imparcialidade; ausência de corrupção; ausência de influência governamental; observância do devido processo legal e dos direitos do acusado.

Em 2021, foram analisados 139 países, tendo o Brasil ocupado a 77ª posição, três posições abaixo em relação ao ranqueamento anterior, com nota geral de 0,50. No Index de 2023, com 142 países, o Brasil ocupa a 83ª posição, mesma do índice realizado em 2022, e nota geral de 0,49.

Os três primeiros ranqueados no mundo são Dinamarca (0,90), Noruega (0,89) e Finlândia (0,87), enquanto os mais bem avaliados na América Latina são Uruguai, Costa Rica e Chile, com pontuações de 0,72, 0,68 e 0,66 e posições 25, 29 e 33 no ranking mundial, respectivamente (WORLD JUSTICE PROJECT, 2023). Dentre os 32 países avaliados na América Latina, o Brasil ocupa a 19ª posição na adesão ao Estado de Direito.

Realizada apenas a análise do fator 8, específico sobre os aspectos da Justiça Criminal, é importante analisar que os três primeiros países do ranking mundial ostentam pontuações de 0,83, Dinamarca e Noruega, e 0,84, Finlândia, ocupando este último a 1ª posição regional e global, e os outros dois 2ª e 3ª, respectivamente. No quesito investigação, as notas são 0,68 para a Dinamarca; 0,62 para a Noruega; e 0,6 para a Finlândia. No que diz respeito ao prazo e efetividade do julgamento, respectivamente, 0,75, 0,74 e 0,78. E, em relação à efetividade do sistema de execução penal, tem-se a Dinamarca, com 0,77; a Noruega, com 0,92; e a Finlândia, com 0,84, como notas.

Uruguai, Costa Rica e Chile também mostram ranqueamentos destacados quanto ao fator de Justiça Criminal, estando os três países entre os 50 primeiros ranqueados no mundo, ocupando as 38ª, 36ª e 48ª posições, dentre os 142 países avaliados. O país mais bem ranqueado da América Latina para esse fator é São Vicente e Granadinas, no Caribe, com pontuação de 0,44 (efetividade das investigações), 0,58 (prazo e efetividade de julgamento) e 0,58 (efetividade do sistema de execução penal), ocupando a 30ª posição no ranqueamento mundial e 42ª na classificação geral, com nota de 0,63.

Em relação ao mesmo fator, de Justiça Criminal, o Brasil tem avaliação geral pontuada em 0,32, ocupando a 78ª posição dentre os 108 países examinados no fator e a 21ª de 32 países da América Latina. No ranking global do Index, a pontuação corresponde à 114ª posição entre 142 países. Especificamente sobre os subitens já mencionados, a situação é ainda mais grave. No que diz respeito à efetividade das investigações, o país recebeu nota de 0,31; sobre o prazo e efetividade do julgamento criminal, 0,27; e efetividade do sistema de execução penal, 0,18.

Os mencionados levantamentos reforçam a situação de impunidade estrutural vivenciada no Brasil já denunciada pela CORTE IDH.

Segundo o Órgão Internacional, a impunidade é entendida como:

> la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares.[1] (MATUTE, 2010, p. 265).

O conceito exposto conduz à constatação de que a omissão do Estado, então detentor do monopólio do uso legítimo da força e da punição, na realização adequada da investigação, processamento, sancionamento e responsabilização de

1 1 a falta generalizada de investigação, perseguição, captura, acusação e condenação dos responsáveis pelas violações dos direitos

agentes infratores, fomenta a repetição da violência, que se tornará tão crônica quanto for a inação ou a atuação insuficiente daquele.

No mesmo sentido, discorrem Pekny e Ricardo, concluindo que:

> variados fatores interagem e intervêm no processo que leva à prática de homicídios (UNODC, 2013), sendo alguns mais presentes em determinados contextos e representando riscos maiores a grupos específicos [...]. Além disso, deve-se considerar o possível impacto do baixo índice de esclarecimentos desse crime, que pode sugerir que o tema não merece atenção por parte das autoridades, alimentando um cenário em que a violência homicida é banalizada. (PEKNY; RICARDO, 2017, p. 10, grifo nosso).

E continuam:

> ainda que não haja pesquisas conclusivas sobre a existência de relação positiva entre punição e dissuasão, o fato de que o crime mais grave do ordenamento jurídico não receba o devido tratamento e raramente seja punido alimenta um cenário em que as vidas das vítimas de homicídio parecem valer muito pouco e a prática desse crime parece não merecer atenção por parte do Estado. Essa percepção é reforçada pelo fato de que parece haver alto grau de seletividade em relação a quais homicídios serão ou não investigados. (PEKNY; RICARDO, 2017, p. 12).

Reitera-se, não há base de dados oficiais suficiente para fundamentar a elaboração de um diagnóstico sobre as prováveis causas da insegurança pública estruturada no Brasil.

As informações existentes são extraídas e disponibilizadas de forma não padronizada e facultativa, sem maiores aprofundamentos sobre os elementos lançados.

Pekny e Ricardo chegam a afirmar que:

> [...] no que diz respeito aos perpetradores dessa violência, há um grande vácuo de informação em todo país. Essa escassez de dados sobre quem são os homicidas decorre em primeiro lugar dos baixos índices de esclarecimento desses crimes, que impedem que se conheça sua autoria. Porém, ainda que as taxas de esclarecimento fossem elevadas, o país também padece da produção insuficiente de dados na área de segurança pública, a ponto de que muitas secretarias estaduais sequer divulguem estatísticas criminais regularmente. (PEKNY; RICARDO, 2017, p. 12).

Por outro lado, o contexto geral de crescimento de atividades criminosas, especialmente as violentas, o reiterado movimento parlamentar de recrudescimento legislativo a partir de novas ondas de criminalidade e o pouco avanço na estruturação do aparato estatal para melhoria das taxas de esclarecimento permitem concluir que a previsão de sanções severas não constitui efetiva política de segurança pública quando há certeza ou quase certeza de impunidade.

Dito de outra maneira, a quantidade de pena tem pouca interferência na dissuasão do ser racional para a prática do crime quando, em sua análise de custo-benefício, é quase certo que ele não será descoberto e, por consequência, as chances de aplicação da pena prevista serão praticamente nulas.

A reforçar essa hipótese, cita-se apresentação no XVI Congresso da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE), realizada por Pery F. A. Shikida e Danielle N. Nishitani, denominada "A economia do crime sob a percepção da mulher presa: pontos para o debate".

De acordo com pesquisa de vanguarda realizada pelos expositores, quando perguntadas sobre o maior receio existente ao praticarem um crime, 58% das mulheres em cumprimento de pena entrevistadas disseram que seria a "perda da moral"; para 25% seria a "possibilidade de ser presa" e 13% indicaram a "intensidade da pena", dentre algumas outras opções com menos respostas.

Chama a atenção o fato de que para 83% das entrevistadas a rigidez da sanção prevista não é o principal fator de desestímulo à prática criminosa.

A mesma exposição revela ainda que, em resposta espontânea "quando não são oferecidas opções para escolherem" ao serem perguntadas sobre o tipo de punição que seria capaz de dissuadi-la completamente da prática criminosa, apenas 5,4% das entrevistadas respondeu "leis mais rígidas.

protegidos pela Convenção Americana, uma vez que o Estado tem a obrigação de combater tal situação por todos os meios legais disponíveis, já que a impunidade leva à repetição crônica das violações dos direitos humanos e do total desamparo das vítimas e das suas famílias. (Tradução nossa).

Todo o cenário até o momento delineado, se não é capaz de arrematar a questão de que a impunidade estrutural é o grande óbice ao controle da criminalidade e à efetivação da política de segurança pública do Estado, pela impossibilidade de maior aprofundamento neste ensaio, ou pela própria ausência de dados oficiais padronizados, é, ao menos, suficiente para induzir à reflexão proposta.

5 - CONCLUSÃO

Economia e Direito, enquanto ciências diferentes e autônomas, se relacionam, na medida em que ambas recaem sobre o comportamento humano.

Como ponto de interseção relevante entre os dois ramos, temos a disciplina da Análise Econômica do Direito. Esta seara do conhecimento, partindo do pressuposto de escolhas racionais feitas pelos seres humanos, entende que o equilíbrio entre custos e benefícios seria a chave para promover maior dissuasão ao descumprimento do ordenamento jurídico.

Sob a ótica do sistema jurídico-penal, desprezando-se a lógica binária e com adoção de uma dissuasão eficiente "que minimiza os custos sociais suportados pela prática criminosa", é evidente a aplicação da AED durante todas as fases de incidência do sistema, ou seja, dos estudos que antecedem o nascimento da norma penal incriminadora, até o término da fase de cumprimento da sanção.

Realizada essa baliza conceitual e de incidência da AED, os dados disponíveis para avaliação da performance brasileira no combate à criminalidade, especialmente à violenta, demonstram que, ano após ano, o sistema jurídico-penal se mostra ineficiente em sua proposta de dissuasão.

São diversos os aspectos relevantes que podem levar a essa conclusão, sendo o primeiro deles a escassez de dados e estatísticas oficiais que permitam conhecer a realidade do fenômeno criminológico brasileiro.

Não há padronização e dados consolidados sobre o número de crimes praticados no país, a espécie e os locais de maior incidência, autores identificados, investigações concluídas sem autoria definida, quantificação de pessoas condenadas, causas principais de absolvição, tempo médio de duração da persecução penal para cada espécie criminosa, incidência de prescrição e figuras similares, dentre outras informações possíveis.

Ao lado disso, verifica-se como principais estratégias de política criminal (ou de segurança pública) o reiterado recrudescimento em abstrato das normas penais e processuais penais e o aumento do excessivo uso da força policial, sem acompanhamento de outras medidas, inclusive no sentido de melhoria na qualificação da investigação e persecução criminais.

Como resultado, há um endurecimento das leis, com previsão de penas mais severas e menores garantias processuais, e aumento da violência praticada pelas polícias, sem que isso se converta em probabilidade de aplicação de sanção, notadamente se considerarmos as condutas praticadas em situação de abuso pelos agentes estatais.

O contexto instalado tem como consequência a ocupação pelo Brasil da segunda maior taxa de homicídios dentre os países da América do Sul, no ano de 2019, com média de elucidação de 37%; em 2022, da 83ª posição, entre 142 países avaliados, na adesão ao Estado de Direito; e da 114ª posição entre 142 países quando o ranking trata especificamente da eficiência do sistema de justiça criminal.

Considerando a impunidade estrutural como sendo a situação na qual a omissão do Estado na realização adequada da investigação, processamento, sancionamento e responsabilização de agentes infratores fomenta a repetição de violência de maneira crônica, é possível concluir que esta seria um importante fator para a manutenção das altas taxas de criminalidade no Brasil.

Se a escassez de dados padronizados oficiais é um entrave ao fechamento dos questionamentos postos, a constatação supra é reafirmada por, pelo menos, dois aspectos analisados no presente ensaio.

Em primeiro lugar, o não arrefecimento nas taxas de criminalidade com o passar dos anos, apesar das reiteradas medidas de endurecimento estatal.

Em segundo lugar, pesquisas realizadas com pessoas em fase de execução penal revelaram que a quantidade de pena prevista é menos con-

siderada no momento da escolha pela prática da conduta delitiva do que, por exemplo, "perda de moral" ou a "possibilidade de ser presa".

Portanto, ainda que seja desejável maior aprofundamento dos estudos em relação ao objeto proposto, importante que este ensaio seja tomado como ponto de partida para reflexão sobre as estratégias adotadas pelo Estado brasileiro como política de segurança pública e de combate à criminalidade.

É imprescindível que se coloque na ordem do dia a necessidade de adoção de medidas coordenadas que permitam maior qualificação do sistema jurídico-penal, do início ao fim (investigação até a execução da sanção penal), inclusive com meios de monitoramento eficazes.

É preciso transcender o mero rigor da lei em abstrato, tornando certa sua aplicação ou, pelo menos, provável, a fim de garantir a sensação de estar-se a ela verdadeiramente submetido.

Caso contrário, a sociedade brasileira colherá os frutos de, pelo menos, mais três décadas de desempenho insuficiente no combate ao crime e garantia da segurança, amargando repetidamente os mais altos índices de criminalidade, especialmente a violenta.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Beatriz *et al*. Caso Cosme Rosa Genoveva e outros (Favela Nova Brasília) vs. Brasil. Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2016. **Alegações finais escritas apresentadas pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional e pelo Instituto de Estudos da Religião**. Rio de Janeiro, 11 nov. 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/favela_nova_br/alefrep.pdf. Acesso em: 5 mar. 2024.

ARAÚJO, Makelvy Vlalber Silva de; RODRIGUES, Fillipe Azevedo. A ineficácia da expansão indiscriminada do direito penal. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, ano 4, p. 967-1003, 2018. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/1/2018_01_0967_1003.pdf. Acesso em: 4 jan. 2024.

BOTELHO, Martinho M.; RAMOS, Samuel E. B. Análise econômica do Direito Penal: uma abordagem para uma possível sanção penal ótima. **Economic Analysis of Law Review**, [s. l.], v. 10, n. 3, p. 191-204, set./dez. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 maio 2023.

. **Decreto-Lei n.° 2.848**, **de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, 7 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto- lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 13 fev. 2024.

. **Lei n° 12.015**, **de 7 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1° da Lei n° 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5° da Constituição Federal e revoga a Lei n° 2.252, de 1° de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Brasília: Congresso Nacional, 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em: 23 maio 2023.

. **Lei n° 13.142**, **de 6 de julho de 2015**. Altera os arts. 121 e 129 do Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e o art. 1° da Lei n° 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos). Brasília: Congresso Nacional, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015- 2018/2015/lei/l13142.htm. Acesso em: 23 maio 2023.

. **Lei n.° 10.741**, **de 1° de outubro de 2001**. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. Brasília: Brasília: Congresso Nacional, 1° out. 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 13 fev. 2024.

. **Lei n.° 11.340**, **de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8° do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 7 ago. 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 13 fev. 2024.

. **Lei n.° 11.343**, **de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 23 ago. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 13 fev. 2024.

. **Lei n.° 13.104**, **de 9 de março de 2015**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1° da Lei n° 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Brasília: Congresso Nacional, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm. Acesso em: 23 maio 2023.

. **Lei n.° 7.960**, **de 21 de dezembro de 1989**. Dispõe sobre prisão temporária. Brasília: Congresso Nacional, 22 dez. 1989. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/norma/549836. Acesso em: 13 fev. 2024.

. **Lei nº 8.069**, **de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 13 jul. 1990. Disponível em: Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Acesso em: 13 fev. 2024.

. **Lei nº 8.072**, **de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 23 maio 2023.

. **Lei nº 8.078**, **de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 11 set. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm#:~: text=LEI%20N%C2%BA%208.078%2C%20DE%2011%20DE%20SETEMBRO%20DE%201990.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20prote%C3%A7%C3%A3o%20do%20consumidor%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias.&text=Art.,da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%20e%20art. Acesso em: 13 fev. 2024.

. **Lei nº 8.137**, **de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 27 dez. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em: 13 fev. 2024.

. **Lei nº 9.605**, **de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional,12 fev. 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 13 fev. 2024.

CARDOSO, L. E. D.; GONÇALVES, J. Análise econômica do crime: abordagem acerca da aplicação do princípio da eficiência econômico social em matéria penal. **Revista de Criminologia e Políticas Criminais**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 77-98, jul/dez. 2016.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario- 2023.pdf. Acesso em: 13 fev. 2024.

. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2011**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 5, 2011. ISSN 1983-7364. Disponível em: https://publicacoes.forumseguranca.org.br/handle/fbsp/70 Acesso em: 13 fev. 2024.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA; INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Atlas da violência**. 17. ed. Rio de Janeiro: FBSP, 2016. 55 p. ISBN 27640361. Disponível em: https://publicacoes.forumseguranca.org.br/handle/fbsp/88. Acesso em: 13 fev. 2024.

INSTITUTO SOU DA PAZ. **Onde mora a impunidade?** Porque o Brasil precisa de um indicador nacional de esclarecimento de homicídios. [S. l.], 2022. Disponível em: https://soudapaz.org/wp-content/uploads/2022/08/OndeMoraAImpunidade.pdf. Acesso em: 22 maio 2023.

MATUTE, Francisco Javier Dondé. El Concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2010. *In*: ELSNER, Gisela; AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel. **Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional**. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: [s. n.], 2010. v. 1, p. 263-294. ISBN 978-9974-8099-6-3. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37924.pdf. Acesso em: 5 mar. 2024.

NAÇÕES UNIDAS. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. **Global study on homicide**. Áustria, 2019. Disponível em: https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/global-study-on-homicide.html. Acesso em: 22 maio 2023.

PEKNY, Ana Carolina; RICARDO, Carolina de Mattos. Mapeamento dos principais desafios de violência e criminalidade no Brasil, 2017. *In*: **Análise 36/2017**. São Paulo: Friedrich-Ebert-Stiftung (FES) Brasil, outubro 2017. Disponível em: https://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/13779.pdf. Acesso em: 4 jan. 2024.

PORTO, Antônio M.; GAROUPA, Nuno (Orgs.). **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. rev. atual. e aum. Barueri: Atlas, 2022. 364 p. ISBN 978-65-5977-134- 0.

SHIKIDA, Pery Francisco *et al*. XVI CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA
DE DIREITO E ECONOMIA (ABDE). A economia do crime sob a percepção da mulher presa: pontos para o debate. **Anais** [...]. Curitiba, 2023.

STEIN, Luís G. A análise econômica do Direito Penal entre possibilidades e limitações. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [s. l.], v. 148, p. 97-130, 2018.

WORLD JUSTICE PROJECT RULE OF LAW. **Index 2021**. Estados Unidos, 2021.
Disponível em: https://worldjusticeproject.org/our-work/publications/rule-law-index- reports/world-justice-project-rule-law-index-2021. Acesso em: 22 maio 2023.

. **Index 2023**. Estados Unidos, 2023. Disponível em: https://world justiceproject.org/rule-of-law-index/downloads/WJPIndex2023.pdf. Acesso em: 5 mar. 2024.

ESTUDO DO ELEMENTO VOLITIVO NO DOLO E A PROBLEMÁTICA DE SUA AFERIÇÃO NO CAMPO PROBATÓRIO

WALKIRIA FERREIRA BORGES

ESTUDO DO ELEMENTO VOLITIVO NO DOLO E A PROBLEMÁTICA DE SUA AFERIÇÃO NO CAMPO PROBATÓRIO

WALKIRIA FERREIRA BORGES

PROFESSOR ORIENTADOR: WAGNER MARTELETO FILHO

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO 408

2 - O CONCEITO E ESPECIES DE DOLO NA DOGMATICA PENAL BRASILEIRA 408

2.1 - CONCEITO 408

2.2 - CARACTERÍSTICAS DO DOLO 409

3 - ESPÉCIES DE DOLO 409

3.1 - DOLO DIRETO 409

3.2 - DOLO INDIRETO 410

4 - TEORIAS DO DOLO 411

4.1 - TEORIAS VOLITIVAS DO DOLO 411

4.2 - TEORIA DA REPRESENTAÇÃO 412

4.3 - TEORIA DA VONTADE 412

4.4 - TEORIA DO CONSENTIMENTO 412

5 - TEORIAS COGNITIVAS DO DOLO 413

6 - TEORIAS DA PROBABILIDADE 415

7 - TEORIA DO RISCO 415

7.1 - TEORIA DO RISCO COBERTO E DO RISCO DESCOBERTO 416

8 - ELEMENTOS DO DOLO VONTADE E CONHECIMENTO COMO ELEMENTOS PSICOLOGICOS – DESCRITIVOS-NORMATIVOS 416

8.1 - VONTADE COMO ELEMENTO PSICOLÓGICO-DESCRITIVO 416

8.2 - CONHECIMENTO COMO CONTEÚDO PSICOLÓGICO – DESCRITIVO 417

9 - DOLO E A CONSTRUÇÃO NORMATIVA DE SEUS ELEMENTOS 418

10 - DOLO PSICOLOGICO E SUA DIFICIL AFERIÇÃO NO CAMPO PROBATÓRIO 420

11 - CONCLUSÃO 422

REFERÊNCIAS 423

1 - INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objeto a análise da vontade como elemento psicológico do dolo e a dificuldade de sua aferição prática no campo probatório. Tradicionalmente, o dolo é apontado como preenchido por dois elementos, o volitivo que expressa o querer do agente quanto a prática de um crime e o intelectual, que corresponde a sua compreensão quanto aos fatos e circunstâncias envolvidos na conduta praticada.

Esta é uma construção que tem sido aceita no campo doutrinário, mas que dada a natureza psíquica atribuída aos seus elementos, mormente ao elemento volitivo, um campo de discussões abriu-se nos últimos anos, apontando uma tendência a relativização e normatização desses elementos em contraponto à posição finalista.

Desse modo, o que se pretende através da concentração desse estudo no elemento volitivo, é questionar se o querer psicológico apresenta critérios seguros para configuração do dolo e também é nossa intenção discutir se a vontade psicológica é mesma necessária para sua configuração.

Através dos estudos das teorias volitivas e cognitivas será discutido se são fornecidos critérios seguros para a sua aplicação, ou se dada a subjetividade que lhe é atribuída não acontece um alargamento das circunstâncias onde o magistrado, a luz de suas próprias convicções, determine o que é querer.

Além disso, verificaremos como a doutrina no Brasil e no direito comparado tem trabalhado a ideia de um dolo sem vontade psicológica e os reflexos de se compreender à vontade sob um viés normativo-atributivo.

Por fim, será apresentada nossas conclusões sobre esse intrigante tema, demonstrando nossas reflexões sobre a possibilidade de reconhecimento do dolo sem vontade psicológica – descritiva.

2 - O CONCEITO E ESPECIES DE DOLO NA DOGMATICA PENAL BRASILEIRA

2.1 - CONCEITO

Os primeiros conceitos de dolo o atrelavam à ideia de artificio, astucia e fraude, a partir das conceituações do direito civil. Após a lei das XII tábuas do Direito romano, começa-se a enfatizar o elemento subjetivo interno ao agente, adotando-se o chamado *dolus malus*, em que para caracterização do dolo era a imprescindível a intenção direta do agente. Identificando-o com a má intenção do agente[1].

A dogmática penal contemporânea vem se debruçando sobre o conceito e significado do dolo como elemento subjetivo do fenômeno criminoso, que quando presente permite a atribuição da responsabilidade penal.

O tipo legal é constituído de elementos do tipo subjetivo e tipo objetivo introduzidos pelo finalismo na moderna sistemática penal. O elemento geral dos tipos dolosos é o dolo, a energia fundamental dos crimes dolosos, que normalmente preenche todo o tipo subjetivo.[2]

Em termos legais, o Código Penal Brasileiro estabeleceu em seu artigo 18, I, que o crime é doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

Um conceito bem aceito na doutrina moderna é que dolo representa a vontade livre e consciente de realizar o tipo objetivo - elemento anímico volitivo e o intelectual que representa o conhecimento quanto aos fatos e circunstâncias que compõe este tipo objetivo, também definidos por saber e querer.

Preferimos o conceito finalista de dolo, ou seja, é a vontade consciente de realizar a conduta típica. Estamos convencidos de que todas as questões referentes à consciência ou noção da ilicitude deve ficar circunscritas à esfera da culpabilidade. Quando o agente atua, basta que objetive o preenchimento do tipo penal incriminar, pouco importando se ele sabe ou não que realiza algo proibido[3].

---

1 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 28.

2 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 128.

3 Nucci, Guilherme de Souza, Manual de Direito Penal, 6º edição, editora RT, 2009, p. 225.

Neste mesmo sentido caminha a jurisprudência dos Tribunais Superiores:

> A doutrina penal brasileira instrui que o dolo, conquanto constitua elemento subjetivo do tipo, deve ser compreendido sob dois aspectos: cognitivo, que traduz o conhecimento dos elementos objetivos do tipo, e o volitivo, configurado pela de vontade de realizar a conduta típica. O elemento cognitivo consiste no efetivo conhecimento de que o resultado poderá ocorrer, isto é, o efetivo conhecimento dos elementos integrantes do tipo penal objetivo. A mera possibilidade de conhecimento, o chamado "conhecimento potencial", não basta para caracterizar o elemento cognitivo do dolo. No elemento volitivo, por seu turno, o agente quer a produção do resultado de forma direta -dolo direto - ou admite a possibilidade de que o resultado sobrevenha - dolo eventual -. AgRg no REsp 1.043.279/PR**,** Rel Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 6º Turma, j. 14.10.2008.

Desse ponto de vista, dolo representa a base subjetiva do agente que consubstanciados em um vínculo psicológico seria responsável por ligá-lo a conduta penal praticada. O elemento volitivo do dolo é representado pela vontade, preenchida pelo conhecimento de realizar o tipo objetivo e o cognitivo ou intelectual representa o conhecimento por parte do agente quanto aos fatos e circunstâncias da conduta que ele está em vias de praticar.

2.2 - CARACTERÍSTICAS DO DOLO

Uma das características do dolo gira em torno de sua abrangência, que deve envolver todos os elementos objetivos do tipo, assim como deve ser atual, vez que a *atualidade* é uma característica que impõe a necessidade de que o dolo deve estar presente no momento da ação, afastando assim, a existência de dolo subsequente ou antecedente.

O dolo[4] como fundamento subjetivo da realização do plano delituoso deve existir durante a realização da ação, o que não significa durante toda realização da ação, que desencadeia o processo causal típico. Consequentemente não existe dolo anterior, nem posterior à realização da ação típica.

A *possibilidade de influenciar o resultado* é outra característica indispensável, posto que a vontade do agente deve ser capaz de produzir o evento típico. Na lição de Welzel a vontade impotente não é um dolo relevante de um ponto de vista jurídico penal.[5]

3 - ESPÉCIES DE DOLO

3.1 - DOLO DIRETO

Delimitando as formas possíveis de crimes dolosos, posto se tratar de tipo penal fechado, a lei[6] penal brasileira define duas espécies possíveis de realização de crime dolosos: dolo direto e dolo eventual.

A primeira modalidade - dolo direto ou determinado, estará presente quando o agente desejar o resultado de lesão ou de perigo ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Dolo direto, também denominado dolo determinado, intencional, imediato ou, ainda, dolo incondicionado, é aquele em que a vontade do agente é voltada a determinado resultado. Ele dirige sua conduta a uma finalidade precisa. É o caso do assassino profissional que, desejando a morte da vítima, dispara contra ela um único tiro, certeiro e fatal[7].

O dolo de 1º grau tem por conteúdo o fim proposto pelo agente, que pode ter entendido como pretensão dirigido ao fim ou ao resultado típico[8].

É a vontade do agente dirigida especificamente à produção do resultado típico, abrangendo os meios utilizados para tanto[9].

A fim de ilustrar o seu entendimento Guilherme Nucci[10] cita como exemplo o caso de o agente querer subtrair bens da vítima, valendo-se de

4 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 152.

5 Guilherme Nucci Manuel de Direito Penal 6º edição 2009 p. 226.

6 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 225.

7 MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado – parte geral. Vol. 1. 8. Ed. São Paulo: Método, 2014, p. 352.

8 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 128.

9 Nucci, Guilherme de Souza, Manual de Direito Penal, 6º edição, editora RT, 2009, p. 226.

10 Ibidem, p. 226.

grave ameaça. E, dirigindo-se ao ofendido, aponta-lhe uma arma, anunciando o assalto e carrega consigo os bens encontrados em seu poder. A vontade se encaixa com perfeição ao resultado. É também denominado de dolo de primeiro grau.

O fim ou resultado intencionado deve ser representado pelo agente como certo ou possível, de modos a constituir risco juridicamente relevante, excluindo, resultados meramente acidentais.

Assim, existe dolo quando em disparo com arma de fogo a longa distância, com a finalidade de homicídio, mas não existe dolo quando se convence alguém a passear na tempestade na esperança de vir a ser fulminado por um raio[11].

Existe também o dolo de 2º grau ou de consequências necessárias, no caso em que o agente, persegue um resultado determinado, efetivamente desejado, mas que a utilização dos meios necessários para o seu atingimento, inclui efeitos colaterais, tidos como certo.

Ressalta-se, que neste caso, é o meio utilizado para atingir o fim diretamente intencionado, que produz o resultado, previsto e aceito, nem sempre querido ou até mesmo lamentado, que justifica o reconhecimento desse dolo, atribuído doutrinariamente, como dolo de 2º grau.

É possível, inclusive, que tais consequências[12] sejam lamentadas por ele, o que não é suficiente para afastar a imputação a título de dolo direto de segundo grau. O exemplo é do matador que, pretendendo atingir determinada pessoa, situada em lugar público, planta uma bomba, que ao detonar, certamente matará outras pessoas ao redor, ainda que não queira atingir essas vítimas, tem por certo o resultado, caso a bomba estoure como planejado.

Necessário destacar que o elemento volitivo, no que se refere à consequência necessária de uma conduta, é evidentemente menos intenso que com relação ao fim pretendido primariamente pelo agente. Dessa forma, pode-se afirmar que no dolo direto de primeiro grau prepondera o elemento vontade, ao passo que no dolo direto de segundo grau prepondera o elemento cognitivo na medida em que o agente toma como certo a consequência criminosa em razão do meio escolhido.[13]

Observa-se, neste caso, uma maior intensidade na vontade para com as consequências necessárias, do que para com o fim primariamente tencionado pelo agente. Entretanto, ainda que em intensidades desiguais a doutrina aponta a presença de dolos diretos distintos, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de sua produção[14].

Desse modo, pode-se dizer que há dolo direto quando o agente quis o resultado como fim ou como consequência necessária em razão do meio utilizado.

3.2 - DOLO INDIRETO

No caso do dolo eventual o resultado é aceito como possibilidade. Não há uma pretensão anímica de produzi-lo, mas uma assunção como uma eventualidade, que se ocorrer, será aceita.

A teoria do consentimento, elaborada por Mezger define dolo eventual pela atitude de aprovação do resultado típico previsto como possível, que deve agradar ao autor.[15]

O indivíduo deve se sentir indiferente com a possível produção do resultado através de sua atitude. Este entendimento guarda estreita relação com a teoria da indiferença desenvolvida por que identifica dolo eventual na atitude de indiferença do autor quanto a possíveis resultados colaterais típicos, excluídos os resultados indesejados, marcados pela expectativa de ausência.[16] Se o sujeito mentaliza o evento e pensa "pra mim é indiferente que ocorra, tanto

faz, dane-se a vítima, pouco me importa que morra", tratar-se-á da forma eventual. Se essa

11 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6º. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 133.

12 Nucci, Guilherme de Souza, Manual de Direito Penal, 6º edição, editora RT, 2009, p. 221.

13 Analise do dolo sob o viés da Teoria Cognitiva acessível em ://www.bdm.unb.br/bitstream, acesso em 17/05/2024

14 BRASIL, Código Penal Brasileiro, op. cit.

15 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 145.

16 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 146.

atitude subjetiva[17] passa pela mente do sujeito durante a realização da conduta, trata-se de dolo direto, uma vez que a previsão e o acrescido consentimento concreto, claro e atual, não se tratando de simples indiferença ao bem jurídico, equivalem ao querer direto.

Como no caso do dolo de 2º grau, existe a representação mental quanto a possibilidade da ocorrência de um resultado diverso do pretendido, inicialmente.

Acontece que no caso do dolo eventual esse resultado não ocorre por conta dos meios de execução da conduta (explodir uma bomba em local público para atingir vitima determinada), mas como resultado causal do risco criado relativamente ao bem jurídico.

Observa-se, então, neste caso, a importância da representação psíquica do resultado como possível, sem o qual não existe o dolo, bem como a diminuição da importância do elemento volitivo para a sua configuração. Dolo eventual[18], em grande parte das vezes, extrai- se da situação fática esquematizada e não da mente do indivíduo, como seria de se supor.

4 - TEORIAS DO DOLO

4.1 - TEORIAS VOLITIVAS DO DOLO

Conforme já demonstrado anteriormente, a dogmática penal explica o dolo por uma atividade de duplamente psíquica - vontade e conhecimento. De base eminentemente psicológica, as teorias volitivas tradicionais ou restritas atrelavam a imputação de um ponto de vista subjetivo, posto que entre a conduta praticada e o resultado produzido haveria de existir um querer no sentido de efetiva aprovação interna.

As teorias volitivas,[19] por influência especial de Anselmo Feuerbach, sucederam a teria do *dolus indiretus*, para quem vontade era proposito, intenção, alcançando um conceito exclusivamente psicológico.

A partir daí, a doutrina Alemã desenvolveu as primeiras teorias da vontade psicológica[20], aceitação, aprovação, consentimento e representação, com a finalidade especial de conceituar o dolo eventual. Tendo como ponto em comum entre todas elas, o aspecto interno do agente, ou seja, exigiam para a vontade uma efetiva aprovação interna do resultado pelo autor.

Não bastava o querer da ação, mas exigia também a intenção do resultado[21]. Em linhas gerais as teorias volitivas interpretam o elemento volitivo como uma ligação emocional do autor com o fato, consubstanciada numa postura interna de aprovação quanto ao resultado. A configuração do dolo[22] dependia do elemento cognitivo – conhecimento e a efetiva aprovação do resultado por parte do agente.

Aponta-se que após o advento da segunda grande guerra, este viés psicológico que restringia o conceito de dolo como movimento interno de efetiva aprovação, recebeu uma ampliação, ao passar a inserir na área do dolo as consequências não queridas, apontando para análise desse elemento de um ponto de vista jurídico. O aprovar no sentido jurídico[23] já não mais se confunde com a vontade em sentido psicológico- descritivo.

Assim, as representações de ânimo[24] do agente não são determinantes para a imputação dolosa, mas sim se ele decidiu, a partir de uma análise jurídica, a favor de uma possível realização do tipo.

A interpretação da vontade no sentido jurídico[25] tenta refutar uma acusação de exagerado psicologismo, indicando que a interpretação da

17 JESUS, Damásio de. Direito penal: volume 1: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 330.

18 MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado, parte geral. Vol. 1. 8. Ed. São Paulo: Método, 2014. p. 350

19 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 42.

20 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 33.

21 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 32

22 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020, p. 93.

23 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020, p. 101

24 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 45.

25 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020, p. 101.

vontade não se refere à determinação de um puro estado psíquico emocional, mas sim a um juízo realizado pelo sujeito em face da possível realização do tipo, seguindo um critério de racionalidade.

Não sendo a intenção deste trabalho apresentar um aprofundamento teórico acerca das teorias que buscam conceituar o dolo, mesmo porque, se trata de um conteúdo amplo e de difícil esgotamento, mas demonstrar as bases sobre as quais foram construídas as conceituações a cerca do elemento subjetivo do tipo e a inúmeras discussões sobre a necessária mudança na forma de interpretá-lo, no sentido de sua compatibilização com a dogmática penal contemporânea, apresentaremos a seguir, em apartada síntese, movimentos teóricos acerca do elemento volitivo, seja na forma consentida ou representada.

4.2 - TEORIA DA VONTADE

Embora tenha havido mudanças na forma de interpretar o elemento volitivo do dolo, inicialmente partiu-se da adoção de um conceito de um querer psicológico, muito atrelado à aprovação interna do resultado, que por obvio haveria de ser conhecido.

Desse modo, para esta teoria, a vontade é um importante elemento estruturador do dolo. Trata-se de uma vontade dirigida à produção de um resultado típico. A ação passa a constituir uma intervenção guiada pela vontade em um acontecimento causal.[26]

A corrente volitiva define dolo como de natureza normativista volitiva, sendo que esta teoria atribui a preponderância da vontade como caraterizadora do dolo. Dolo é conhecimento e vontade.[27]

Conforme dito alhures, os estudos acerca das teorias dos elementos do dolo foram propostos, inicialmente, pelo direito Alemão, influenciando toda Europa do século XIX início do século XX, adotando, naquele momento, um conceito restrito de vontade psicológica, associada ao querer que evidenciasse prazer quanto ao resultado.

Desse ponto, a rejeição interna e a desaprovação quanto ao resultado afastaria *per se* o dolo[28], aflorando ainda mais a celeuma já existente acerca do que seria necessário para configuração do dolo eventual, já que neste caso, os efeitos colaterais da conduta, dentro de um sentido psicológico restritivo, não seriam aceitos/queridos pelo agente.

4.2 - TEORIA DA REPRESENTAÇÃO

A teoria da representação parece adotar um critério mais objetivo, segundo o qual, dolo é a vontade de realizar a conduta, prevendo a possibilidade de o resultado ocorrer, sem conduto, desejá-lo. Denomina-se teoria da representação, porque basta ao agente representar (prever) a possibilidade de o resultado para a conduta ser classificada como dolosa.[29]

Neste caso, observa-se uma supervalorização da representação mental do resultado como possível ou provável, para que se possa configurar o dolo. Não é que a vontade não importe, mas não é ela quem conduz o dolo, segundo seus adeptos.

> Segundo a teoria da representação, cujos principais defensores, em sua fase inicial, foram Von Liszt e Frank, para a existência do dolo é suficiente a *representação subjetiva* ou a previsão do resultado como certo ou provável. Essa é uma teoria hoje completamente desacreditada, e até mesmo seus grandes defensores, Liszt e Frank , acabaram, enfim, reconhecendo que somente a representação do resultado era insuficiente para exaurir a noção de dolo, sendo necessário um momento de mais intensa ou intima relação psíquica entre o agente e o resultado, que, inegavelmente, identifica-se na vontade [...] na verdade, a simples representação da probabilidade de ofensa a um bem jurídico não é suficiente para se demonstrar que o agente tenha *assumido o risco* de produzir determinado resultado [...] (BITTENCOURT, 2014, p.357).

Para alguns doutrinadores a teoria da representação fundamenta o dolo eventual, que conforme dito alhures, se contenta com a previsão quanto a ocorrência do resultado como possível. Neste caso, não se indaga se agente quis ou as-

26 Farias, Dermeval. Dogmática Penal. Ed. Juspodvim, ano 2022. p. 72.

27 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020, p. 93.

28 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020, p. 93.

29 CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral. 22. Ed. São Paulo:Saraiva Educação, 2018, p 220.

sumiu o risco de produzi-lo, mas tão somente foi capaz de representá-lo, psiquicamente.

4.3 - TEORIA DO CONSENTIMENTO

A teoria do consentimento aponta para a necessidade de aprovação interna do agente quanto ao resultado, ainda que não tencionado ou tido como necessário. A aprovação, neste ponto, significa um alargamento do conceito de querer psicológico para abarcar situações em que o resultado foi querido pelo agente, posto que ao ser previsto, foi aceito.

Nesta perspectiva não havia que se falar em vontade[30], nos casos em que o agente embora reconhecesse a possibilidade do resultado delituoso, o considerasse internamente como desagradável.

Os Alemães foram aos poucos abolindo a ideia de um dolo volitivo onde o querer necessitava de aprovação interna do resultado, se aproximando de um dolo para cuja configuração exigia-se apenas consentimento quanto ao resultado, tendo como marco histórico o julgamento conhecido na Alemanha como caso "correia de couro", sentenciado em 22/04/1955, oportunidade em que foi discutido se o conceito de querer exigia aprovação interna ou se bastava a conformação quanto ao resultado previsto.

A decisão ampliou definitivamente o conceito de dolo ao admitir a representação e a consciência do perigo aliadas a admissão do resultado como suficientes para a caracterização da vontade, ainda que o sujeito não quisesse as consequências advindas da conduta[31].

Essa mudança paradigmática trouxe reflexos no entendimento quanto ao dolo eventual e imprudência consciente, cujo ponto diferenciador estaria alojado no elemento volitivo – dolo como aceitação resignada. Atualmente, entre as principais teorias que trabalham com critérios fundados na vontade, aponta-se a teoria do consentimento, (ou aprovação), a teoria da indiferença e a teoria da vontade de evitação não comprovada.

5 - TEORIAS COGNITIVAS DO DOLO

As teorias volitivas apresentada**s** esbarram numa dificuldade comum de constatação e prova do elemento volitivo do dolo. Dessa inquietação surgiu no direito comparado um movimento de valorização do elemento intelectual do dolo, que vem sendo explorado através das teorias cognitivas.

Trata-se de teorias que visam demonstrar a suficiência do elemento cognitivo na configuração do dolo, propondo o fornecimento de critérios mais seguros para configuração desse importante elemento anímico, autorizador da responsabilidade penal subjetiva. Essas teorias aproximam-se do conceito de "representação" e possuem como representantes as teorias do conhecimento; da possibilidade; da probabilidade; do risco e do risco protegido[32].

Os defensores da teria da representação[33], em suas variadas acepções, assinalam que a essência do dolo é o conhecimento/representação do resultado ilícito, e não a vontade de produzi-lo, partem da premissa de que a vontade se situa no plano da ação, de que o resultado não pode ser querido, mas, apenas, representado.

O limite do dolo neste caso repousaria na ação concreta, a partir da qual seria possível identificar o querer. Não há vontade[34] fora da ação e não há vinculação do querer no que se refere ao resultado, que só pode ser conhecido.

Conforme se verá um pouco mais adiante, variadas vertentes foram desenvolvidas a partir da idéia de dolo como representação, algumas com diferenças de entendimento sutis, cujas linhas centrais pode se dizer, partiram da ideia da prevalência do conhecimento como elemento orientador do dolo, e a vontade, sem autonomia, orientadora do resultado, partindo da análise de

30 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 34.

31 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 35.

32 SOUZA, Luciano Anderson de. Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1; p. 298.

33 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020, p. 121.

34 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020, p. 151.

que a ação só foi executada, por que querida. Um homem racional[35], só teria atuado como atuou se tivesse querido o resultado.

Se o ponto de partida das teorias cognitivas, é a rejeição da vontade como elemento autônomo e a identificação do elemento cognitivo, como único pressuposto necessário para a imputação do dolo, aponta-se como divergência, a atribuição da competência para julgamento da avaliação do risco criado.

Enquanto parcela da doutrina, parte de um subjetivismo, atribuindo ao próprio agente o julgamento do perigo, outra parcela entende que cabe ao magistrado essa, análise, exigindo-se apenas que o agente reconheça o perigo, definida segundo uma tábua de racionalidade[36].

Acerca desse empasse, fala-se numa normatização do elemento cognitivo, ao se permitir uma análise normativa quanto a avaliação do risco criado, segundo uma medida racional. Aquele sujeito que conhece o risco e o processa de modo irracional[37], e confia seriamente na boa saída, não tem a advertência necessária para recuar, sendo esta advertência necessária para a responsabilidade dolosa.

A configuração do dolo[38] depende da execução da ação querida, ainda quando não seja querida por si mesma. Ou seja, a idéia central repousa na ação, "deve se verificar, se o agente, no momento da conduta, poderia ou não evitar o resultado, controlando, dirigindo a situação".

Ingerborg Puppe[39] apontada como uma professora Alemã que tece ferrenhas críticas quanto ao elemento volitivo do dolo e os posicionamentos jurisprudenciais, entende, que a ausência de clareza permite decisões casuísticas, e desiguais, suscetíveis ao clamor social e as suas contingências.

Para superação dessa ausência de clareza, *Puppe* propõe a adoção do chamando normativismo cognitivo, segundo o qual, o que importa é a qualidade de um perigo conscientemente realizado. Nesta perspectiva o risco[40] deve ser conhecido pelo agente, independentemente de ser por ele julgado, valorado, pois esta tarefe compete ao direito. O determinante é se o autor reconheceu determinado perigo que deveria ser tomado, ainda que em seu âmbito psíquico não o tenha tomado como relevante.

Como já se viu, *Puppe*[41], defensora de uma tese cognitivista-objetiva insiste em que a falta de conhecimento, por mais censurável e escandalosa, que se apresente, deve manter as coisas na grelha da negligência.

Neste sentido, conforme já mencionado, em linhas gerais, os adeptos das teorias cognitivas repousam seus argumentos sob a criação de um risco proibido pela lei penal, aliado a um critério de racionalidade.

Parcela da doutrina aponta que a teoria da representação desenvolvida pelo Alemão Schröder, no pós-guerra, e aperfeiçoada posteriormente por *Schmidhäuser*, foi uma das primeiras linhas teóricas que pretendia furtar-se do elemento volitivo para a conceituação do dolo, defendendo a ideia de que a mera representação da possibilidade de ocorrência do resultado já deveria fazer com que o agente desistisse de sua ação.

O elemento querer, neste caso, é minimizado por considerar que a mera representação do resultado, pelo agente - conhecimento dos fatos e circunstâncias que envolvem a ação que esta preste a ser praticada, significa que ele quis, anuiu.

A representação, neste ponto, equivale ao conhecimento quanto ao resultado, que quando ausente afastaria o próprio dolo.

Na condição de defensor das teorias cognitivas[42],

35 Ibidem, p. 154.

36 Ibidem, p. 189.

37 Ibidem, p. 189.

38 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 56.

39 Xavier apud Puppe, 2017, p. 63.

40 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 67.

41 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.390.

42 GRECO, Luís. **Dolo sem vontade**. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 885-903. Disponível em: academia.edu. Acesso em 10 maio 2024.

entende o conhecimento como conteúdo eminentemente psicológico e fundamental para configuração do dolo, vez que pressupõe domínio ou controle sobre o fato que se está em vias de praticar.

O conhecimento equivale ao aspecto psicológico do dolo, posto que ligado ao domínio da ação criminosa, pressupondo que quem conhece domina. Não parece possível que, num direito penal de fato, uma mera vontade, sem domínio[43], possa equivaler ao domínio.

Aponta-se, que no Brasil, ao traduzir as ideias da obra da professora alemã *Ingeborg Puppe* "distinção entre dolo e culpa, o professor Luís Greco introduziu em solo nacional a teoria cognitiva do dolo ou teoria do dolo sem vontade, atuando como seu defensor.

6 - TEORIAS DA PROBABILIDADE

A teoria da probabilidade[44], cujo desenvolvimento se inicia no século XIX, com Luca,

Grossmam, Exner, Mulle, Sauer, dentre outros, foi retomada especialmente por *Hellmuth Mayer*

e renuncia, de todo, ao elemento volitivo, a considerar que o dolo depende de conhecimento, por parte do agente, de que o resultado ilícito se afigura provável.

Para esta teoria, o dolo na representação é analisado do ponto de vista da probabilidade. Neste caso, o conhecimento pelo agente acerca da ocorrência do risco, já representado psiquicamente, é analisado do ponto de vista da intensidade quanto a probabilidade de sua ocorrência.

A ideia geral é a de que o agente se revela tanto mais indiferente quanto mais provável se revela a probabilidade de entrada do resultado ilícito, daí se fundamentando a censura mais intensa.[45]

As teorias clássicas[46] da probabilidade, partem da análise da probabilidade de realização do tipo, e não na busca da vontade psicológica (sob quaisquer de suas formas: anuência, aprovação, etc), sendo que, a conduta perigosa é o determinante para o enquadramento do fato como doloso.

Quanto mais intensa a probabilidade (conhecimento) acerca do resultado, mais intenso seria o dolo, residindo aqui, críticas quanto a essa teoria. Isso porque, se o dolo restaria configurado quanto maior fosse a probabilidade de o resultado típico acontecer, a baixa probabilidade, que apesar de ínfima viesse a se concretizar, afastaria por si so o dolo? Assim, aponta-se que para esta teoria a verificação do dolo estaria atrelado a critérios estáticos.

Outro ponto criticado, seria o apontamento no caso concreto de onde começa a probabilidade e onde há apenas possibilidade.

Por essa razão *Puppe* defende a adoção da teoria da probabilidade sem a utilização de critérios de quantificação, partindo da ideia da qualidade do perigo[47].

Neste caso, para a caracterização do dolo basta o elemento cognitivo. O conhecimento, pelo sujeito, de que está realizando um risco proibido, com certa probabilidade de acontecer. Não uma probabilidade quantitativa, mas pautada na qualidade do risco.

7 - TEORIA DO RISCO

A teoria do risco de Frisch[48] conduz uma modificação do conteúdo do dolo, especialmente em termos de objeto de referência. Nestes termos, objeto de referência do conhecimento só pode ser a norma de comportamento subjacente ao tipo, precisamente o conhecimento do comportamento em sua relevante dimensão típica.

---

43 GRECO, Luís. **Dolo sem vontade**. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 885-903. Disponível em: academia.edu. Acesso em 10 maio 2024.

44 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.137.

45 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.137

46 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 52.

47 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 53.

48 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.139.

Aqui não importa o resultado, que se vincula a norma de sanção, mas sim ao comportamento do agente, por (re)conhecimento como contrário à norma de comportamento típico[49]. A valoração, neste caso, recai sobre o comportamento, que do ponto de vista da ordem jurídica não é tolerado. Assim, Frisch defende que ação dolosa[50] consiste na decisão contra a norma de comportamento típica subjacente (e não, diretamente contra o bem jurídico): atua dolosamente quem "atribui-por-si- mesmo" a seu comportamento uma dimensão de risco, o qual faz do comportamento, um comportamento típico.

Sob o aspecto psicológico, á luz da sua própria ação, o agente, dirige -se contrariamente à norma, e tem seu comportamento valorado como decisão contra o bem jurídico. Essa decisão em contrario *sensu* ao atuar doloso, deixar de evitar um resultado que poderia ser evitado. Dolo, segundo, *Frisch*[51], então repousa no comportamento que afronta a norma proibitiva, uma tomada de decisão baseada na racionalidade, num atuar doloso.

7.1 - TEORIA DO RISCO COBERTO E DO RISCO DESCOBERTO

Na posição assumida por Herzberg o dolo deve ser aferido a partir do perigo não tolerado pelo direito. Considerada uma variante da teoria da probabilidade, retira o elemento volitivo do conteúdo do dolo, com o as formulações modernas da teoria da representação.[52]

A teoria do risco descoberto[53] defende que o determinante para o dolo é o aspecto qualitativo do perigo, o chamado risco coberto ou descoberto. O primeiro seria aquele que o sujeito ativo ou passivo pode evitar o resultado, o risco descoberto, seria então, aquele em que o agente cria um risco que não pode contar com nenhuma reserva de proteção.

Pois bem, desde que introduzido no Brasil, o assunto passou a ser objeto de pesquisa por autores brasileiros, destacando-se as teses de doutorado de Wagner Marteleto Filho, cuja obra inspirou o presente trabalho de conclusão de curso, Enéias Xavier Gomes e Eduardo Vianna, por nós exploradas.

8 - ELEMENTOS DO DOLO VONTADE E CONHECIMENTO COMO ELEMENTO PSICOLOGICOS – DESCRITIVOS-NORMATIVOS

8.1 - VONTADE COMO ELEMENTO PSICOLÓGICO-DESCRITIVO

O modelo final da ação, introduzido na dogmática penal por Welzel, ao retirar dolo e culpa da culpabilidade e transferi-los para a conduta, estabeleceu que a ação é sempre dirigida a um fim, ou seja, a finalidade é determinada pela própria ação. O acontecer típico como demonstração de intenção.

Então, em contraponto ao modelo causal, o finalismo entende que não basta que uma pessoa tenha causado um resultado típico, há de existir uma atuação da vontade do agente. A ação passa a constituir uma intervenção guiada pela vontade em um acontecimento causal.[53]

Portanto, ação dolosamente dirigida a um fim não desejado pelo direito penal, é uma ação volitiva, entendida e aceita pelo agente.

Por vezes, designa-se por vontade um estado mental, algo que ocorre literalmente na cabeça do autor, uma entidade empírica que pertence ao universo psíquico de alguém[54].

A vontade de realizar[55] o tipo penal conhecido pelo agente deve se concretizar no mundo real, por isso o querer, deve ser acompanhado de um verbo auxiliar realizar, posto que é necessária a manifestação concreta da conduta idealizada.

---

49 Marteleto Filho, *apud*, Schroth, 2020, p. 140.

50 Marteleto Filho, *apud*, Frisch, 2020, p. 141.

51 Marteleto Filho, *apud*, Frisch, 2020, p. 141.

52 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 56.

53 Farias, Dermeval. Dogmática Penal. Ed. Juspodvim, ano 2022, p. 72.

54 GRECO, Luís. **Dolo sem vontade**. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 885-903. Disponível em: academia.edu. Acesso em 12/05/2024.

55 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 131.

A vontade definida como *querer realizar* o tipo objetivo de um crime deve apresentar duas características para constituir elemento do dolo; primeiro, a vontade deve ser *incondicionada* no sentido de constituir uma ação já definida, segundo a vontade deve ser capaz de influenciar o acontecimento real, de modos que o acontecimento típico possa ser definido como obra do autor[56].

Isto implica na criação, pelo autor, de um risco ao bem jurídico, e a realização desse risco no resultado

Entretando, apontando a insuficiência na apresentação do conceito tradicional de dolo pelo Código Penal, Damásio de Jesus,[57] entende que o dolo significa mais do que o mero desejo de produzir determinado resultado ou assumir o risco de produzi-lo, pois envolve a interpretação do estado anímico do agente.

Numa discussão mais filosófica acerca do tema o penalista Brasileiro Rogério Greco apontando este conceito como uma "visão simplificada das coisas"[58], estabelece: "ainda que se reconheça nos termos "intenção" ou "conformando-se com" (art. 14 I e III, Código Penal Português), "quis" ou "assumiu o risco" (art. 18 I Código Penal Brasileiro) uma conotação volitiva, há uma ambiguidade fundamental que nos permite questionar as certezas da postura dominante.

Desse ponto, a vontade pode ser concebida num aspecto psicológico-descritivo, que tenta descrever a real disposição interna do agente, quanto normativo- atributivo, sendo que, nesse último caso, é valorado através da conduta exteriorizada, conforme será visto adiante.

Ele propõe uma revisão normativista do conceito de dolo[59], de maneira que o decisivo para o dolo passa a ser não o que ocorre na cabeça de quem pratica certo comportamento, e sim o sentido social que esse comportamento expressa.

8.2 - CONHECIMENTO COMO CONTEÚDO PSICOLÓGICO – DESCRITIVO

Dolo é conhecimento, segundo a doutrina majoritária. A consciência é seu elemento cognitivo ou intelectual, que revela o conhecimento, a representação a nível mental, por parte do agente, acerca dos dados da realidade que caracterizam a conduta.

Toda ação consciente[60] é dirigida pela consciência do que se quer e pela decisão de querer realizá-la, ou seja, pela vontade.

A consciência, assim como a vontade, é característica subjetiva do agente, pois integra a esfera intelectual. Logo, é necessário que o sujeito compreenda estar realizando as condutas descritas nas elementares do tipo.

Assim, a consciência do autor deve autorizar a presunção de sua ciência quanto aos elementos configuradores da conduta típica, a previsão do resultado e a relação de causa e efeito como resultado desta ação.

Desse modo, o dolo, para ser caracterizado, precisa abarcar todas as elementares e circunstâncias que se encontrem presentes no tipo penal. Caso reste comprovada a sua ausência acerca de qualquer parte do crime cometido, restará caracterizado o instituto do erro de tipo[61].

A consciência tida como elementar do dolo e que neste ponto trabalhamos, deve ser atual, efetiva, verificável no momento da prática da conduta. Por esse motivo não pode ser confundida com a consciência da ilicitude.

Quando o agente atua, basta que objetive o preenchimento do tipo penal incriminador[62], pouco importando se ele sabe ou não que realiza algo proibido.

---

56 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 131.

57 JESUS, Damásio de. Direito penal: volume 1: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 380.

58 GRECO, Luís. Dolo sem vontade. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 885-903. Disponível em:academia.edu. Acesso em 15/05/2024

59 GRECO, Luís. Dolo sem vontade. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 885-903. Disponível em:academia.edu. Acesso em 15/05/2024

60 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. Manual de direito penal: 27 ed. São Paulo: Atlas, 201, p. 351

61 CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral. 22. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p 6.

62 Nucci, Guilherme de Souza, Manual de Direito Penal, 6° edição, editora RT, 2009, p. 201.

Assim, leva-se em consideração para a consciência do dolo[63], a representação dos elementos integradores do tipo penal, sendo suficiente o conhecimento das circunstâncias de fato necessárias à composição da figura típica.

O agente então, tem a consciência do ato, a vontade de agir, decide por assim fazer e, por fim, concretiza a conduta; por meio de uma ação.

Por essas considerações, quase sempre se entende o dolo como o "saber e querer (conhecimento e vontade)" de todas as circunstâncias do tipo legal.

Um outro ponto, seria o conhecimento como elemento psíquico que indica o domínio[64] sobre a ação. O conhecimento é necessário para a existência de domínio sobre a realização do fato, e esse domínio dá origem a duas fortes razões para que aquele que o possui receba um tratamento mais severo.

Esta nova abordagem do conceito de vontade, agora, atrelada a ideia normativo - atributivo, não está no plano interno, mas um conceito normativo e de atribuição, ou seja, não é algo que está vinculado a mente humana, ao que efetivamente ocorreu no plano interno do agente.

Contemporaneamente, têm sido designadas, como elemento normativo- volitivos, a construção do conceito de dolo a partir da *ratio* da incriminação – dolo como decisão contra o bem jurídico[65].

9 - DOLO E A CONSTRUÇÃO NORMATIVA DE SEUS ELEMENTOS

Normatização[66] em uma primeira aproximação, significa a transição para uma compreensão conceitual, que leva em conta, essencialmente a função do conceito no interior de um conjunto de regras do Direito (penal, no caso).

Trata-se da perspectiva de se trabalhar institutos jurídicos a partir da escolha de um método, que pode ser psicológico empírico ou funcional teleológico. Mas uma escolha que não pressupõe exclusões, já que nenhum conceito pode ser considerado exclusivamente descritivo ou valorativo, posto que inseparáveis.

Não se extraem valores diretamente de fatos brutos (por exemplo afirmar se vontade é dolo ou se conhecimento é dolo), sob pena de se incorrer na falácia naturalista, de outra banda não há puramente valoração[67].

Importa, que a valoração pressupõe uma premissa descritiva[68] e que a descrição dessa premissa a partir de um conceito normativo não pode ser afastado, sob uma argumentação valorativa. Assim, se dolo é considerado conhecimento de um ponto de vista normativo (do ponto de vista de uma norma), o requisito do conhecimento não pode ser afastado sob o critério da valoração.

O dolo como construção normativa então, passa por uma transição do psicologismo ao normativismo, abrangendo desde a intenção como quesito determinante, sem o qual, dolo seria facilmente afastado, para uma interpretação que exigia valoração quanto a resultados advindos de uma ação, contudo, para além dessa intenção.

Nesse ponto da investigação[69], cumpre acentuar o potencial da doutrina do *dolus indirectus* para o fornecimento de bases estruturais para uma consequente normatização do conceito de dolo e para o abandono de um conceito psicologista da imputação.

A necessidade de valoração quanto a esses resultados não intencionados, mas propositados,

63 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011, p. 331.

64 GRECO, Luís. Dolo sem vontade. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 885-903. Disponível em: academia.edu. Acesso em 12 de maio 2024.

65 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.155.

66 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.52.

67 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.52.

68 Ibidem , p.52.

69 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.78.

constituiu terreno fértil para estruturação do dolo indireto. Como esclarece Stuckenberg[70], o dolo, na forma de intenção (Absicht) na linguagem de Hegel, (em que se separa" intenção de propósito, o último sim, como Vorsatz), abrange também, o resultado, não previsto, mas típico e previsível da ação, em uma perspectiva que retoma as bases do *dolus indirectus*.

Assim, se teorias tradicionais trabalham à vontade partindo de um ponto psicológico - descritivo, ou como elemento emocional, as teorias normativas contemporâneas, ou abraçam esses elementos do dolo (vontade e conhecimento), mas direcionados para a afirmação de uma decisão contra o bem jurídico, ou os afastam, negando a autonomia do elemento volitivo, mantendo, apenas o cognitivo – teorias normativas cognitivas, defendidas no direito comparado por *Puppe e Herzberg*.

Quando mantidos, os elementos conceituais do dolo, deverão ser comprovados mediante um catalogo aberto de indicadores, sendo que, sob a perspectiva da teoria da normatização do elemento cognitivo, o catálogo de indicadores é fechado[71], restrito à qualidade do perigo conhecido, para a indicação do elemento cognitivo, único necessário e suficiente para a afirmação do dolo.

O catálogo fechado[72] é construído sob as seguintes premissas: a) no plano conceitual, em termos psicológicos do dolo, deve ser considerado apenas e tão somente o conhecimento, por parte do agente, de um determinado tipo de perigo proibido, b) o perigo deve possuir determinada qualidade/entidade, ser de um determinado tipo, e é ele o indicador externo de relevo para a decisão sobre o dolo; c) fatores emocionais e subjetivos, especialmente o processamento irracional do risco conhecido, são todos irrelevantes para decisão acerca do dolo.

Retomando, aponta-se, a construção do dolo como decisão contra o bem jurídico, onde sua adscrição[73], se realiza com emprego de um catalogo aberto de indicadores, de natureza objetiva (como a qualidade do perigo, e o valor do bem jurídico em jogo) e emocional-subjetiva (relacionamento do agente com vítima, motivos, comportamento ante e pós fato, personalidade, etc).

Dentre as propostas contemporâneas que visam a construção normativo-volitivas, no grande modelo de dolo como decisão, fala-se, em apartadíssima síntese, em teoria do dolo como decisão e realização do plano, dolo como apropriação, teoria dos indicadores do dolo, enfim.

Neste ponto, interessante mencionar o modelo de proposta de dolo defendida por

Hassemer, que ao partir do conceito de dolo como decisão contra o bem jurídico, entende como acertada a direção dessa proposta contemporânea, vez que neste contexto demanda, para além do conhecimento em face do perigo, uma apropriação pessoal, isto é, que o agente aceite tal perigo para si, fazendo dele, fundamento para sua ação. Sendo assim, para Hassemer[74], o elemento volitivo se afigura irrenunciável para o reconhecimento do dolo, mas irrelevante, enquanto estados emocionais não exteriorizados na ação, posto que não tocam a decisão.

Assim, não se trata de uma interpretação vaga, mas ao contrário, que obedeça a critérios bem definidos, de modo a permitir a observância que uma certa "disposição" dolosa, seja refletida através de indicadores externos e objetivos, hábeis a indicá-la, portanto, observáveis.

Não se podem confundir os indicadores com o próprio dolo[75], antes se exigindo, na construção do conceito, decidir, fundamentadamente, sobre quais os elementos que o integram e o sentido de tais elementos, para – só então apontar os pedaços da realidade empírica, seja ela subjetiva, seja objetiva, que serão tomados em conta, na decisão, como indicadores.

---

70 Ibidem, p. 84.

71 Marteleto Filho *apud* Puppe, p. 430.

72 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.444.

73 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p.155.

74 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p. 181.

75 Ibidem, p. 429.

Claus Roxin[76] adepto do chamado normativismo volitivo é um dos criadores da teoria do dolo como decisão contra o bem jurídico. Utiliza-se como linha mestra para a caracterização do dolo o plano do autor, ou seja, age com dolo aquele que tem consciência para a realização de um tipo reconhecidamente possível, em detrimento da proteção ao bem jurídico.

10 - DOLO PSICOLOGICO E SUA DIFICIL AFERIÇÃO NO CAMPO PROBATÓRIO

Ao considerar o dolo como exercício emocional do agente frente a realização de um tipo penal, conforme pretende as teorias volitivas, desconsidera-se a complexidade das emoções humanas e a sua difícil expressão do ponto de vista jurídico. Parte - se do ponto, que a questão jurídica fundamental da imputação subjetiva não é averiguar se algum estado psicológico anima a conduta do indivíduo, senão estabelecer os critérios a partir dos quais é possível afirmar se houve, ou não, dolo.

O que levaria a passagem para uma imputação objetivamente posta, através da busca por se interpretar o comportamento humano exteriorizado através de uma ação criadora de um risco substancial e sabidamente perigoso ao bem jurídico.

A tarefa de verificação do dolo como[77] um fenômeno psicológico - descritivo, pressupõe, ante a ausência de critérios delimitados, para o problema da vontade no dolo, decisões judiciais desiguais que geram enorme insegurança jurídica.

Assim, as representações de ânimo do agente não são determinantes para a imputação dolosa[78], mas sim se ele decidiu, a partir de uma análise jurídica, a favor da possível realização do tipo, é nesse sentido que verificamos certos parâmetros normativos consistentes na análise dos atos externados de manifestação em sentido contrário ao bem jurídico, em substituição a um juízo exclusivamente psicológico.

Também se evita, por outro lado, um alargamento das circunstâncias onde o magistrado, a luz de suas próprias convicções, determine o que é querer.

São critérios que transcendem a figura do julgador[79], evitando que o conteúdo volitivo, torne-se vulnerável à lei do Juiz.

Assim, conforme visto alhures a teoria cognitiva do dolo propõe a aferição do elemento cognitivo partir de um critério objetivo, de base racional, consubstanciado no risco ao bem jurídico.

Baseadas na teoria da representação do resultado como conhecimento propõe, em linhas gerais, que a imputação objetiva parte da relação causal entre a criação de um risco e a realização desse risco no resultado.

Desse ponto, a aferição do dolo parte, inicialmente, da análise objetiva do tipo, com foco no perigo ao bem e a qualidade desse risco na efetiva produção do resultado. Assim, assume contornos de extrema relevância o nível de conhecimento que o agente demostra ter, no caso concreto, quanto ao risco por ele produzido.

> Há três outras razões a favor do dolo como representação do perigo. A primeira: quando o agente representa o perigo que decorre de sua conduta e mesmo assim age, ele viola a norma de comportamento e compromete-se com o perigo de um modo que o autor culposo não o fazer. A segunda: quem age com consciência tem domínio sobre a própria conduta de uma forma que quem age inconscientemente não possui e pode, portanto, mais facilmente agir com o fim de evitar a concretização do perigo e, desse modo, age mais gravemente. Por fim, terceira razão está baseada na ideia de prevenção geral negativa: quem atua conscientemente tem condições superiores de agir conforme a norma e evitar o perigo de realização do tipo penal e, portanto, convém que seja apenado mais intensamente. VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 188.

Dessa forma, sustenta Viana que "*o dolo é o compromisso cognitivo do autor com a realização do perigo representado.*[80]"

76 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 63

77 GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017, p. 63.

78 Ibidem, p. 45.

79 Ibidem, p. 45.

80 VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 194.

Partindo dessa premissa, a concretização do dolo como compromisso cognitivo se estabeleceria através da teoria inferencialista do dolo. O conceito de inferencialidade, seria o "juízo que permite seja estabelecida uma relação vinculacional entre uma conduta e um corpo de conhecimento.[81]

Significa, que sempre que houver um vínculo racionalmente fundado entre conduta perigosa e resultado e as circunstâncias que permitem esse vínculo tivesse sido devidamente conhecida pelo autor, há uma conduta dolosa.

Em contrário *sensu* afirma,[82] que quando se entende uma justificativa como absurda, entende-se por absurda por faltar-lhe inferencialidade.

A título de ilustração propõe como exemplo o caso do indivíduo que atira à queima- roupa em direção à cabeça da vítima, que morre na hora, e justifica-se dizendo que não teve a intenção de matar, mas somente de obter a carteira da vítima.

Do ponto de vista da inferencialidade, entende-se essa justificativa como absurda porque é de se conhecer que a conduta de atirar em direção à cabeça de uma pessoa e o resultado morte há um vínculo causal claro.

Então, neste exemplo o dolo estaria configurado, posto que presente todas as circunstâncias fáticas envolvidas. Concluindo, que a determinação da atribuição decorrerá da valoração de um complexo de dados. Por fim, aponta, que o juízo inferencial deverá considerar três perspectivas: "a que se refere ao autor (*i*); a que se refere à vítima (*ii*); a que se refere ao complexo de circunstâncias que envolvem a realização da conduta[83] (*iii*)".

O primeiro dos parâmetros refere-se à periculosidade da conduta praticada pelo autor, a qual, segundo o seu critério, pode ser dividida em quatro níveis: "perigo *sui generis*, perigo de alta, média e baixa intensidade"[84]

Os casos de perigo *sui generis* são aqueles que em razão de sua extraordinária intensidade, *per se* já são suficientes para a imputação a título de crime doloso.

Fora desses casos extraordinários de perigo *sui generis*, somente a intensidade do perigo da conduta praticada não será suficiente para afirmar a imputação, sendo necessário recorrer a dados de natureza diversa.

E esses dados serão referentes à intensidade desse perigo em relação à condição de vulnerabilidade concreta da vítima, ou segundo suas palavras, "sobre a sua condição de autossalvação".[85]

São propostos três níveis de vulnerabilidade da vítima (alto, médio e baixo), conjugados com o nível de periculosidade da conduta. Se a periculosidade da conduta e a vulnerabilidade

da vítima forem altas, já é possível afirmar, sem outras considerações, a imputação a título de dolo.[86]

Outro indicador, segundo o autor, será a análise da *marca dominante da conduta*, que é "aquela que *reafirma* um vínculo relacional entre a conduta e o resultado ou aquela que *rompe* com esse vínculo relacional".[87]

A marca dominante da conduta será observada concretamente verificando a adoção, ou não, pelo agente, de meios para evitar o resultado.[88]

Em caso positivo, se o agente demonstrou cuidado com o bem jurídico no momento da conduta, adotando medidas com vistas a redução de riscos, restara configurada a modalidade culposa; caso contrário, se o agente deixou de adotar meios para reduzir a periculosidade de sua conduta, mostrando desinteresse, restara tendente ao dolo.[89]

---

81 VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 259.

82 *Ibidem*, p. 259.

83 *Ibidem*, p. 263-264

84 *Ibidem*, p.50

85 *Ibidem*, p.51

86 *Ibidem*, p.52.

87 *Ibidem*, p.52

88 *Ibidem*, p.58

89 VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 59.

Assim, não obstante a doutrina majoritária seguir com uma dupla programação psíquica para o dolo: consciência e vontade, é cada mais crescente o número de autores brasileiros e estrangeiros, que assumem uma concepção cognitiva de dolo.

Sustenta-se, a nosso ver, acertadamente, conforme dito anteriormente, que a imputação a título de dolo decorre do compromisso cognitivo que se estabelece entre o autor e o fato, conforme critérios anteriormente mencionados.

Essa é uma discussão de tendência cada vez mais crescente, posto que as razões para o distanciamento da configuração do dolo como vontade- descritiva é muito latente dado reduzido fornecimento de critérios mais seguros para a configuração dolosa.

A normatização e a objetivação do conceito de dolo[90], resultantes do abandono, ainda que parcial, da perspectiva estritamente psicológica, parece ser irreversíveis, e já encontram certo consenso em seu elemento volitivo – que atualmente ou é bem afastado, ou é bem considerado de modo *adscritivo*.

E ainda que seja um movimento tímido, as discussões acerca da normatização de institutos penais devem sempre ser bem recebidos, considerando que a dogmática penal é uma ciência da cultura, que depende de valor, de construções valorativas.

11 - CONCLUSÃO

Na condição de elemento de atribuição de culpa, os limites para o exercício do poder punitivo Estatal coincidem com a identificação dos limites do dolo, que do ponto de vista da opinião doutrinária dominante é definido como a consciência e a vontade de realizar os elementos do tipo penal objetivo.

A intencionalidade, como principal elemento psicológico, aumentaria o perigo para o bem jurídico, ao mesmo tempo que denota maior grau de reprovabilidade subjetiva do agente. Acontece que, conforme demonstrado, o elemento volitivo (em sentido psicológico - descritivo), apesar de importante, é incapaz de dar boas razões para sua consideração como elemento autônomo e caracterizador do dolo, sobretudo, se considerado num conceito jurídico e teleológico, por que:

Partindo da premissa de que teleologicamente o direito penal existe para proteger bens jurídicos através da imposição de sanção, e que a função do dolo, em última análise, é autorizar a aplicação dessa sanção, tem-se que, o reconhecimento como direito sancionador se funda numa atuação legitima.

O ponto de partida é a própria concepção do Direito Penal[91], cuja função essencial, para Roxin, consiste na proteção de bens jurídicos, pela via da proteção geral positiva.

Neste ponto, dois pontos: *i)* o que legitima a atuação punitiva estatal é o uso da racionalidade, *ii) a ratio* da imposição de sanção expressa o núcleo conceitual para determinar o conteúdo do dolo.

Neste sentido, a dinâmica de dar e pedir razões próprias do exercício do *jus puniend*

estatal há de tomar como ponto de partida, a necessidade de uma forma de imputação mais segura que o mero critério de intenções anímicas. Considera-se, que o perigo ao bem jurídico não existe no estado mental, mas no método, na forma como se comporta o agente para atingir a finalidade desejada, ou seja, na ação.

Desse ponto, o desvalor recai sobre a conduta praticada pelo agente e não sobre o seu conteúdo psicológico, considerando que a vontade por si só, por mais intensa que seja, não tem o condão de modificar a natureza das coisas, já ação sim.

Assim, o ponto central para a configuração dolosa estaria fundado num critério objetivo (a ação), hábil a criar um risco com potencial para produzir o resultado danoso, em face do bem jurídico que a norma visa proteger.

Desse modo, já caminhando para o final, por tudo que foi demonstrado, e sem pretensão de esgotar o tema, posto que de enciclopédia vastíssima, acredita-se que dolo seja mais que simples vontade e representação, é o compromisso cognitivo do agente com a realização do perigo representado.

90 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p. 384.

91 FILHO, Wagner Marteleto: Dolo e Risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização: Ed. Marcial Pons. São Paulo: 2020. p. 156.

Exige-se um nível de representação que expresse um grau qualitativo de vínculo entre o autor e o fato, conforme defende as teorias do conhecimento.

Assim, entendemos que a utilização das suas premissas junto com os critérios indicados para a imputação dolosa, forneçam terreno mais seguro para a imputação objetiva, e a decisão de dizer se o dolo resta ou não configurado, fica nas mãos do julgador, que deixa de ser refém do estado de ânimo do agente, e passar a se utilizar de critérios objetivos observáveis e demonstráveis na configuração do risco doloso.

REFERÊNCIAS

FILHO, Wagner Marteleto. Dolo e risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

GOMES, Eneias Xavier. Dolo sem vontade psicológica. 1 ed. Belo Horizonte: editora D Plácido, 2017.

MARCONI, Maria de Andrade e LAKATOS, Eva Maria. Técnicas de Pesquisa: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisa, elaboração, análise e interpretação de dados. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

RUIZ, João Álvaro. Metodologia Científica: guia para eficiência nos estudos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

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

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 885-903. Disponível em: academia.edu. Acesso em 14 de maio 2024.

SOUZA, Luciano Anderson de. Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. v. 1.

MARTELETO FILHO, Wagner. O problema do desconhecimento no dolo: os dois planos de normativização do elemento intelectual, com particular aplicação ao erro e aos desvios dos processos causais. Tese de Doutorado. Universidade de Lisboa, 2019, p. 112. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/42264/1/ULSD733934_td_Wagner_Filho.pdf. Acesso em 10 maio. 2024.

MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado, parte geral. Vol. 1. 8. Ed. São Paulo: Método, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011.

BUSATO, Paulo César. In: BUSATO, Paulo César (coord.). Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências. 3. ed. Tradução: Paulo César Busato Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro, parte geral. 14. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. Manual de direito penal: arts 1° a 120. Do CP. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011.